



University of Groningen

De invloed van werknemers op de strategie van de vennootschap

Holtzer, M.

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2014

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Holtzer, M. (2014). De invloed van werknemers op de strategie van de vennootschap. [S.l.]: [S.n.].

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

**DE INVLOED VAN WERKNEMERS OP DE STRATEGIE
VAN DE VENNOOTSCHAP**

Omslagontwerp: H2R+ creatieve communicatie bv

ISBN 978-90-13-12205-3

ISBN 978-90-13-12206-0 (E-book)

NUR 827-715

© 2014, M. Holtzer

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements) overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen. Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of kunt u opvragen bij onze klantenservice.

De invloed van werknemers op de strategie van de vennootschap

PROEFSCHRIFT

Ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Rijksuniversiteit Groningen
op gezag van de
rector magnificus, prof. dr. E. Sterken
en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op
donderdag 3 april 2014 om 16.00 uur

door

Marnix Holtzer
geboren op 1 november 1967
te Utrecht



Promotores: Prof. mr. J.H.M. Willems
Prof. mr. L. Timmerman
Overige leden: Prof. mr. M.L. Lennarts
Prof. mr. F.B.J. Grapperhaus
Prof. mr. J.M. van Slooten

Voorwoord

Dit boek bevat het promotieonderzoek van mr. M. Holtzer naar de invloed van werknemers op de strategie van de vennootschap. Het proefschrift is op 3 april 2014 verdedigd aan de Rijksuniversiteit Groningen. Als promotores traden op prof. mr. J.H.M. Willems en prof. mr. L. Timmerman.

In het onderzoek behandelt Holtzer de vraag welke invloed werknemers kunnen uitoefenen op het strategisch beleid van de Nederlandse vennootschap, het Nederlandse internationale concern en het buitenlands internationale concern, en hoe de stand van zaken kan worden verbeterd volgens de maatschappelijke opvattingen op dit punt. De auteur constateert dat de invloed van werknemers op het strategisch beleid onder druk staat. Dit komt onder meer door de toenemende vluchtigheid van de relatie tussen de vennootschap en haar werknemers en uit de internationalisering van het bedrijfsleven. De betrokkenheid van werknemers bij de strategie ontstaat vaak pas in een laat stadium, namelijk wanneer het strategisch ontwerp of de structuur voor de besluitvorming al tot stand is gekomen na afweging van alternatieven. Holtzer betoogt dat het gevaar bestaat dat de positie van werknemers wordt gemarginaliseerd indien het werknemers niet lukt in een eerdere fase invloed uit te oefenen op het strategisch besluitvormingsproces rondom de vennootschap. Hiermee doelt hij niet alleen op de uiterste consequentie, het wegvallen van medezeggenschap, maar ook op een positie waarin werknemers zich nog vrijwel uitsluitend bezig houden met de vorming van arbeidsvoorwaarden. Bij de strategievorming maakt hij onderscheid tussen strategisch *beleid* en strategische *besluiten*. Strategische besluiten zijn op zichzelf staande, vaak wettelijk omschreven handelingen, terwijl het beleid een geheel van meer besluiten over een langere periode omvat.

Van de werknemersvertegenwoordigers is de ondernemingsraad de belangrijkste interne speler bij het vormgeven van invloed op het strategisch beleid. In het Nederlandse bedrijfsleven is een driedeling ontstaan, die bestaat uit de Nederlandse vennootschap, het Nederlandse internationale concern en het buitenlandse internationale concern met belangen in Nederland. Binnen Nederlandse ondernemingen heeft de ondernemingsraad een redelijke mate van invloed, onder meer door gebruikmaking van de hem toekomende rechtsmiddelen. Bij Nederlandse en buitenlandse internationale concerns neemt die invloed in sterke mate af.

Het onderzoek van Holtzer behandelt, op overzichtelijke en voor de praktijk nuttige wijze, de mogelijkheden en grenzen van de belangrijkste aan de ondernemingsraad toekomende rechtsmiddelen, te weten (1) het enquêterecht,

VOORWOORD

(2) het beroepsrecht en (3) de structuurregeling. Ook binnen internationale verhoudingen bewijzen deze rechtsmiddelen voor de ondernemingsraad enig nut, maar stuit de beïnvloeding van de strategie op de grenzen van het Nederlandse recht.

Dat leidt tot de vraag of die lacune kan worden gevuld door de Europese ondernemingsraad. In het onderzoek wordt geconstateerd dat de Europese ondernemingsraad in het buitenland inmiddels tot een rijke jurisprudentie heeft geleid, maar dat de rechtsvorming op dit punt binnen Nederland achterblijft. De buitenlandse Europese ondernemingsraad is een sterkere speler in het internationale krachtenveld geworden. Die positie heeft de Europese ondernemingsraad kunnen afdwingen in gevallen waarin het hoofdbestuur consultatie van een Europese ondernemingsraad in het geheel achterwege heeft gelaten, de informatievoorziening onvoldoende was, of een besluit op nationaal niveau in wezen deel uitmaakte van een strategisch plan met Europese dimensies. De vraag is of de Nederlandse Europese ondernemingsraad zijn rechten niet krachtiger kan doen gelden dan nu het geval is.

Na de Europese ondernemingsraad komen de vakorganisaties aan de orde. Zij worden geconfronteerd met afnemende representativiteit en een discussie over hun legitimiteit. Uit het onderzoek blijkt dat de vakorganisaties weinig gebruik maken van het hun toekomende belangrijkste rechtsmiddel, het enquêterecht. Is het vermoeden juist dat dit recht de vakorganisaties weinig heil biedt? Of laten de vakorganisaties kansen liggen om hun invloed op de strategie van de vennootschap te vergroten?

Tot slot doet Holtzer een aantal voorstellen voor verbetering van de medezeggenschapspositie van werknemers. Hij bepleit geen wetswijzigingen, maar de introductie van een nieuwe vorm binnen het medezeggenschapsrecht: het coalitiemodel.

Wij verwachten dat dit onderzoek een gezaghebbende informatiebron wordt voor wetenschap en praktijk. Het boek vormt een belangrijke bijdrage aan het denken over duurzame betrokkenheid van werknemers bij de vennootschap. Graag introduceren wij dit proefschrift in de reeks van uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht van de Rijksuniversiteit Groningen en de Erasmus Universiteit Rotterdam.

M.J. Kroeze
J.B. Wezeman

Inhoudsopgave

Voorwoord

V

DEEL 1: DE ONTWIKKELING VAN STRATEGISCH BELEID

Hoofdstuk 1.	De gewijzigde verhoudingen rondom de vennootschap	1
1	Inleiding	1
2	Doel van het onderzoek	6
3	De ondernemingsraad en de vennootschap	7
4	De positie van de ondernemingsraad in de internationale groep	11
5	De positie van de Europese ondernemingsraad in Nederland	16
6	Probleemstelling	17
Hoofdstuk 2.	Het strategisch beleid van de vennootschap	19
1	Wat is strategisch beleid?	19
2	Hoe komt strategisch beleid tot stand?	21
3	Het ontbreken van strategisch beleid	24
4	Strategisch beleid en strategische besluiten	26
5	Het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming	30
6	De positie van het bestuur	35
7	De invloed van commissarissen en niet-uitvoerende bestuurders op de strategie	41
8	De invloed van aandeelhouders op de strategie	44
9	Samenvatting	48
Hoofdstuk 3.	De factor arbeid en het ondernemingsrecht	51
1	Inleiding	51
2	Wet op de ondernemingsraden	52
2.1	Het informatierecht van de ondernemingsraad	53
2.2	Het overleg met de ondernemingsraad	56
2.3	Het adviesrecht van de ondernemingsraad	58
2.4	Concernrelaties en internationale verhoudingen	61
2.5	Wet medezeggenschap werknemers	64
3	Het enquêterecht	67
3.1	De enquêteprocedure vanuit werknemersperspectief	67
3.2	Enquêterecht in concernverhoudingen	69
4	De structuurregeling	70
4.1	De introductie van de structuurregeling	70
4.2	De wijziging van de structuurregeling	73
4.3	Concernrelaties en internationale verhoudingen	74

VII

INHOUDSOPGAVE

4.4	De vrijstellingen	75
4.5	Het verlicht regime	76
5	Overgang naar het volgende deel	78

DEEL 2: ONDERNEMINGSRAAD EN STRATEGISCH BELEID

Hoofdstuk 4.	De invloed van de ondernemingsraad op de strategische beleidsvorming	81
1	De medezeggenschapsrechtelijke driedeling in het Nederlandse bedrijfsleven	81
2	Nederlandse concerns en ondernemingen	84
2.1	Strategievorming door het bestuur van de Nederlandse onderneming	84
2.2	Informatievoorziening	86
2.3	Overleg	90
2.4	Rechtsmiddelen	94
2.4.1	Het enquêterecht	95
2.4.2	Het beroepsrecht	98
2.4.3	De structuurregeling	119
2.5	Evaluatie	123
3	Nederlandse internationale concerns	125
3.1	Vorming van de concernstrategie binnen de Nederlandse topholding	127
3.2	Informatievoorziening	129
3.3	Overleg	132
3.4	Rechtsmiddelen	133
3.4.1	Het enquêterecht	133
3.4.2	Het beroepsrecht	147
3.4.3	De structuurregeling	152
3.5	Evaluatie	154
4	Buitenlandse internationale concerns met belangen in Nederland	156
4.1	Vorming van de concernstrategie buiten de Nederlandse onderneming	156
4.2	Informatievoorziening	157
4.3	Overleg	160
4.4	Rechtsmiddelen	161
4.4.1	Het enquêterecht	162
4.4.2	Het beroepsrecht	168
4.4.3	De structuurregeling	181
4.5	Evaluatie	186
5	Conclusie	191

DEEL 3: ANDERE WERKNEMERSVERTEGENWOORDIGERS EN STRATEGISCH BELEID

Hoofdstuk 5.	De Europese ondernemingsraad	197
1	Inleiding	197
2	Strategievorming door het hoofdbestuur	200
2.1	Het effect van de richtlijn	200
2.2	De communautaire onderneming of groep	202
2.3	Geschillen over oprichting van een Europese ondernemingsraad	204
3	Informatie en raadpleging	208
3.1	De Europese ondernemingsovereenkomst	209
3.2	De samenwerking tussen Europese en Nederlandse ondernemingsraad	212
4	Geschillen over informatie en raadpleging	213
4.1	Procedures voor de buitenlandse rechter	213
4.2	Een besluit als onderdeel van een Europees herstructureringsplan	216
4.3	Het moment van informatieverstrekking en raadpleging	218
4.4	Commentaar	220
5	De Europese ondernemingsovereenkomst na fusie of overname	224
6	Conclusie	228

Hoofdstuk 6.	De vakorganisaties	231
1	Inleiding	231
2	Rechtsgeschillen	233
2.1	Enquêterecht: procedures over strategisch beleid	234
2.2	Enquêterecht: de concernenquête	242
2.3	Wet melding collectief ontslag	249
2.4	SER-fusiegedragsregels	250
3	Belangengeschillen	252
3.1	Collectieve actie tegen strategisch beleid	252
3.2	Organizing en corporate campaigns	255
3.3	Aansprakelijkheid van vakorganisaties voor collectieve actie	258
4	Conclusie	260

DEEL 4: CONCLUSIE

Hoofdstuk 7.	Naar het coalitiemodel	263
1	Terug naar de probleemstelling	263
2	Drie modellen	265
3	De ondernemingsraad	265
4	De Europese ondernemingsraad	271
5	De vakorganisaties	273
6	Tot slot	274

INHOUDSOPGAVE

Summary	275
Lijst van verkort aangehaalde literatuur	285
Trefwoordenregister	315
Verantwoording	319
Curriculum vitae	321

Hoofdstuk 1. De gewijzigde verhoudingen rondom de vennootschap

1 Inleiding

Is medezeggenschap van werknemers van betekenis voor de onderneming? Zo gesteld zou deze vraag gemakkelijk bevestigend beantwoord moeten kunnen worden. Weinigen zullen het belang van een gemotiveerd werknemersbestand betwisten. Het is niet moeilijk om in algemene termen te onderschrijven dat de vennootschap en de met haar verbonden onderneming gebaat is bij goede relaties met de werknemersvertegenwoordigers: daarmee wordt voorkomen dat er geschillen of arbeidsonrust ontstaan. Als de werknemers gemotiveerd zijn, heeft dat mogelijk een hogere productiviteit tot gevolg en een grotere kans op continuïteit voor de langere termijn.

De vraag wordt lastiger wanneer aan het antwoord daarop juridische consequenties worden verbonden. Als de factor arbeid in de onderneming wordt voorzien van concrete rechten en verplichtingen, ontstaat er debat over de afbakening van die positie tegenover de andere belanghebbenden rondom de vennootschap. In dat debat is een ontwikkeling zichtbaar, die ruwweg loopt langs de opkomst van de ontwikkeling van het sociaal recht in de tweede helft van de twintigste eeuw en de herijking van de positie van de aandeelhouder in de afgelopen jaren. Dat debat lijkt voornamelijk gericht op de verhouding tussen de verschillende organen van de vennootschap, waarbij de invloed van de (algemene vergadering van) aandeelhouders op het door het bestuur bepaalde of te bepalen beleid en het toezicht daarop door de raad van commissarissen centraal staan. Hoewel de aandacht voor die verhouding terecht is, lijkt de consequentie daarvan te zijn dat de positie van de werknemers vaak vergeten wordt.

In de adviesaanvraag van 19 juni 2007 die leidde tot het SER-advies Evenwichtig ondernemingsbestuur¹ schreef de minister van Justitie dat de vraag was opgekomen of het beoogde evenwicht in het Nederlandse systeem van corporate governance wel in alle opzichten gerealiseerd werd. De minister refereerde aan de totstandkoming van de Nederlandse Corporate Governance

1. SER-advies Evenwichtig ondernemingsbestuur, uitgave van de Sociaal-Economische Raad van 15 februari 2008, nr. 08/01 ('SER-advies Evenwichtig ondernemingsbestuur').

HOOFDSTUK 1

Code en de activiteiten van de Monitoring Commissie, die geen specifieke aanbevelingen met betrekking tot de positie van werknemers bevatten. Om die reden verzocht het kabinet de SER een advies uit te brengen over de vraag of het wenselijk was in aanvulling op de werkzaamheden van de Monitoring Commissie nader te verkennen of de positie van werknemers in de vennootschap versterking behoefde. Het doel van het advies van de SER zou zijn dat het kabinet tot samenhangende besluitvorming zou kunnen komen over de positie van alle stakeholders bij de onderneming. Daarbij werd gewezen op “recente ontwikkelingen”, die niet werden uitgewerkt, maar waaronder, zo lijkt uit de inleiding van de adviesaanvraag te kunnen worden begrepen, onder meer “fenomenen als hedgefondsen en private-equity-partijen” konden worden verstaan.

De adviesaanvraag aan de SER was terecht. De noodzaak om tot herbezinning op de positie van de factor arbeid binnen de onderneming te komen vloeide niet alleen voort uit de invloed van investeerders, maar tevens uit ontwikkelingen op de langere termijn, waarvan twee factoren de belangrijkste zijn: (1) de internationalisering van het Nederlandse bedrijfsleven en (2) de ontwikkelingen in de Nederlandse wetgeving in het denken over de verhouding tussen de organen van de vennootschap.

Met de eerste factor doel ik op de verschuiving van de zeggenschap over Nederlandse vennootschappen naar internationale partijen. De internationalisering van het bedrijfsleven heeft de behoefte aan strategisch beleid vergroot, vanwege de onzekerheid die met deze dynamiek gepaard gaat. Op wereldschaal doen zich ontwikkelingen voor die leiden tot een grotere beweeglijkheid en een nieuwe balans in de verhoudingen tussen gevestigde partijen en nieuwe krachten als Brazilië, Rusland, India en China. In de westerse economie komt internationalisering tot uitdrukking in een streven naar consolidatie van grote ondernemingen, om zo een sterkere positie te krijgen in het mondiale krachtenveld. Als gevolg van die ontwikkeling is de noodzaak vergroot om systematisch over het te voeren beleid na te denken. De maatschappelijke opvattingen hierover zijn daarnaast zodanig gewijzigd dat de ondernemingsleiding vaker op dat beleid wordt aangesproken door stakeholders van de onderneming.

De internationalisering van het bedrijfsleven is ook in Nederland voelbaar. Deze doet zich zowel voor bij beursvennootschappen, waar naar de huidige stand van zaken de complexe vraag kan worden gesteld wat nog langer als een ‘Nederlandse’ vennootschap te beschouwen valt, als bij niet-genoteerde vennootschappen. In internationale concernrelaties waar de zeggenschap bij de topholding in het buitenland berust, vindt besluitvorming geregeld plaats buiten

het zicht van het Nederlandse bestuur of de ondernemingsraad. Medezeggenschap komt dan pas aan de orde op het moment dat een vaak al genomen besluit, althans een duidelijke besluitvormingsinstructie, in Nederland geïmplementeerd moet worden en het bestuur van de Nederlandse subholding daartoe moet besluiten. Dat roept de vraag op of werknemers op enige wijze invloed kunnen uitoefenen op de besluitvorming die op holdingniveau plaatsvindt.

Die ontwikkeling werd onderkend in het SER-advies Evenwichtig ondernemingsbestuur. De SER stelde vast dat, voor zover belangrijke besluiten worden genomen op internationaal concernniveau, deze zich deels aan het bereik van Nederlandse medezeggenschapsregelingen onttrekken. Binnen de raad bestond verschil van mening over de mate waarin dat het geval was en in hoeverre dit als problematisch moest worden beschouwd. De SER overwoog dat ondernemingsraden en vakbonden in het Nederlandse medezeggenschapsrecht adequate middelen hebben om (strategische) besluiten van ondernemingen, waaronder besluiten over fusie, overname en (financiële) herstructurering, te beïnvloeden en zo nodig door rechterlijk ingrijpen te doen herstellen.² De SER zag geen aanleiding voor een fundamentele herziening van de Nederlandse medezeggenschapsregelingen, los van enkele aanbevelingen die in het advies zijn gedaan.³ De internationalisering van het Nederlandse bedrijfsleven heeft wel geleid tot verschillende publicaties in de juridische literatuur over de vraag welk effect hiervan op de medezeggenschap van de ondernemingsraad uitgaat en welke stappen er zouden kunnen worden gezet om hiermee om te gaan.⁴

-
2. De SER verwijst in zijn advies naar de bevindingen van Winter en Van het Kaar (bijlagen 8b en 8c bij het advies), die opmerken dat ondernemingsraden en vakorganisaties de wettelijke middelen niet ten volle benutten, dan wel de voorkeur geven aan andere middelen om invloed uit te oefenen op de besluitvorming. De SER tekent daarbij aan dat zij de redenen of oorzaken hiervan niet analyseren.
 3. Het SER-advies is overwegend kritisch besproken, onder meer in: Bartman en Holtzer 2008, Berendsen en Westenbroek 2008, Kroeze 2008, Sprengers 2008, Storm 2008, Verburg 2009b, Van Wijk 2009, Witteveen 2008a en Witteveen 2008b.
 4. Bartman 2008, De Blécourt e.a. 2009, Van het Kaar 2009, Van Vlijmen 2008 en Verbrugh en Timmerman 2009. Verburg (2007) heeft in zijn dissertatie de positie van de (Nederlandse) ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven onderzocht. Hij stelde onder meer vast dat de Nederlandse wetgever met de WOR en de structuurregeling een bepaalde mate van medezeggenschap voor ogen had en de ondernemingsraad een bepaalde taakstelling had gegeven. Die medezeggenschap heeft, gezien de territoriale beperkingen van de nationale regelgeving, niet kunnen meegroeien met de dynamiek van het globaliserende bedrijfsleven. In het licht van die internationalisering onderzocht Verburg welke knelpunten dat spanningsveld gaf en hoe daarmee kon worden omgesprongen vanuit de optiek van de doelstelling van medezeggenschap en ondernemingsraden. Zie ook de dissertatie van Timmerman (1988), die

HOOFDSTUK 1

De internationalisering van het Nederlandse bedrijfsleven is de eerste factor die leidt tot de vraag of een fundamentele herbezinning van de medezeggenschap van werknemers naar huidig recht gerechtvaardigd is. Het antwoord daarop hangt samen met overwegingen over de positie van Nederland als aantrekkelijk vestigingsland voor buitenlandse ondernemingen en de invloed die onze medezeggenschapsrechten daarop uitoefenen. Voorts is van belang hoe degenen die betrokken zijn bij de medezeggenschap van werknemers, omgaan met de rechten die nu bestaan.

De tweede factor betreft de ontwikkeling van de Nederlandse wet- en regelgeving, waarin de positie van aandeelhouders is versterkt. Die ontwikkeling heeft een impuls gekregen door de opdracht die de commissie-Tabaksblat heeft uitgevoerd. Voor dit onderzoek is van belang dat haar opdracht niet inhield te pogen een evenwichtig systeem te ontwerpen waarin alle stakeholders vertegenwoordigd zouden zijn. De commissie moest zich richten op een versterking van de positie van de *aandeelhouder*, hetgeen gestalte heeft gekregen in de daaruit voortvloeiende Nederlandse Corporate Governance Code.⁵

Dit is gevolgd door de herziening van de structuurregeling in 2004, waarin een nieuw evenwicht tussen de belangen van werknemers en aandeelhouders werd beoogd, maar waarin vooral de versterking van de positie van aandeelhouders duidelijk gestalte kreeg. De herziening leidde onder meer tot het toekennen van goedkeuringsrechten aan aandeelhouders over een aantal strategische besluiten van de vennootschap (zoals de overdracht van de onderneming) en tot introductie van een collectief ontslagrecht voor aandeelhouders van de raad van commissarissen, een bevoegdheid die de structuurregeling tot dan toe niet kende. Voorts werd de regeling geïntroduceerd over het versterkt aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad voor een derde van de raad van commissarissen. Deze wijzigingen hebben ertoe geleid dat veel Nederlandse concerns de (vrijwillige) toepassing van het structuurregime verlieten door over te stappen op een systeem van een Nederlandse subholding met het structuurregime op dat niveau (de ‘Nederland-constructie’).⁶ Op dit moment zijn er nog weinig

onderzocht of en in hoeverre Nederlandse medezeggenschapsregelingen voorzieningen kennen die rekening houden met de mogelijkheid dat een belangrijke beslissing betreffende een in Nederland gevestigde dochtervennootschap wordt opgelegd vanuit een concerninstantie die zich buiten Nederland bevindt en zich beweegt op een niveau boven die dochter.

5. Zie alinea 55 van de verantwoording van het werk van de commissie (annex 2 bij de code): “De commissie had tot opdracht om de relatie beursgenoteerde vennootschappen-kapitaalverschaffers onder de loop te nemen. (...) De samenstelling van de commissie was er ook niet naar om de wetgever aanbevelingen te doen over de toekomst van de structuurregeling. De vakbeweging was niet een van de initiërende organisaties van de commissie.”
6. Verburg 2007, p. 301; Sprengers 2004, p. 50.

structuurvennootschappen; beursgenoteerde structuurvennootschappen zijn er bijna geheel niet meer.⁷

De versterking van de positie van de aandeelhouders in de Nederlandse wetgeving heeft effect gehad, misschien wel groter dan destijds werd verwacht. Aandeelhouders stelden zich actiever op en bemoeiden zich, achter de schermen of in de rechtszaal, intensief met het beleid. Dit heeft geleid tot een forse toename van rechtspraak op het gebied van corporate governance, vooral op het terrein van het enquêterecht. Die procedures gaan meestal om meningsverschillen over de strategie. Bij beursvennootschappen gaan strategische geschillen vaak over het opsplitsen van de onderneming (Stork), de beïnvloeding van een overname (HBG, Rodamco) of een poging tot wijziging in de samenstelling van het bestuur (ASMI). Bij niet-beursvennootschappen zijn geschillen ontstaan over de invloed en het verdienmodel van private equity-ondernemingen op de (continuïteit van) de bedrijfsvoering (Hema, PCM). Dit optreden van actieve aandeelhouders heeft tot grote maatschappelijke beroering geleid.

De positie van de aandeelhouders in het Nederlandse model van ondernemingsbestuur is goed beschreven door Assink.⁸ In zijn visie is na 2004 het tij gekeerd, in de richting van omgekeerde herijking van de aandeelhouderspositie. Die tendens wordt in zijn ogen door een aantal factoren bepaald, waaronder allereerst het in verschillende handen kunnen zijn van economisch belang bij en de juridische eigendom van aandelen in beursvennootschappen. Daarnaast wijst hij op de in december 2008 herziene Corporate Governance Code, waarin expliciet is opgenomen dat aandeelhouders zich jegens de vennootschap, haar organen en medeaandeelhouders naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dienen te gedragen. Een derde factor is het voorstel tot wijziging van de Wft en boek 2 BW naar aanleiding van het advies van de Monitoring Commissie Corporate Governance van 30 mei 2007, waarin een stabiel aandeelhouder-schap wordt nagestreefd. Tot slot heeft de internationale financiële crisis van 2008 een terugslag veroorzaakt in de invloed van aandeelhouders op het bestuur van de onderneming. Zo zou een modernisering van ons recht tot stand (moeten) komen, die leidt tot een beter concurrerend Nederlands ondernemingsrecht, waarbij onder meer de wetgeving over bestuur en toezicht en de flexibilisering van het recht van de besloten vennootschap belangrijke elementen zijn.

7. De Nijs Bik 2009. Het aantal niet-beursgenoteerde structuurvennootschappen is beduidend hoger. Op 1 januari 2008 stonden er in het handelsregister 357 naamloze vennootschappen en 693 besloten vennootschappen met structuurregime geregistreerd (Lennarts/Wezeman, artikel 158, aant. 2).

8. Assink 2009, p. 17.

HOOFDSTUK 1

2 Doel van het onderzoek

De maatschappelijke ontwikkelingen rondom het Nederlandse ondernemingsbestuur zijn ontegenzeggelijk veranderd. Dient dit te leiden tot een verandering van de positie van de factor arbeid in de onderneming?

Ik meen dat de recente aandacht voor de bepaling van de positie van de bij de onderneming betrokkenen zodanig gericht is op de relatie tussen bestuur en raad van commissarissen enerzijds en aandeelhouders anderzijds, dat de positie van de werknemers onderbelicht raakt. De tendens naar versterking van aandeelhoudersinvloed en een mogelijke terugdringing daarvan roept bovendien de vraag op of dit aanleiding vormt ook de positie van de factor arbeid te herzien. Is het wenselijk dat er wordt overgegaan tot een fundamentele herbezinning van de positie van werknemers? Of kan worden volstaan met het bestaande juridische kader, al dan niet gepaard met een andere invulling daarvan in de praktijk? Daarover gaat dit onderzoek.

Ik doe dit onderzoek vanuit de hypothese dat wanneer het de werknemers niet lukt het strategische besluitvormingsproces rondom de vennootschap binnen te dringen, hun positie op termijn wordt gemarginaliseerd. Hiermee doel ik niet alleen op de uiterste consequentie, het wegvallen van medezeggenschap uit de verhoudingen rondom de vennootschap, maar ook op minder verregaande bewegingen, zoals een ontwikkeling die leidt tot een positie waarin de ondernemingsraad zich nog vrijwel uitsluitend bezighoudt met het toetsen van individuele besluiten (artikel 25 WOR) of met de vorming van (secundaire) arbeidsvoorwaarden (artikel 27 WOR).

Ik wil het fenomeen medezeggenschap in Nederland niet onmiddellijk als vanzelfsprekend aanvaarden. Is het nog wel de moeite waard om na te denken over de invloed van werknemers op het strategisch beleid van de vennootschap? Die vraag hangt samen met de duiding van de rol van de medezeggenschap in Nederland. Het is evenzeer denkbaar dat de conclusie gerechtvaardigd is dat de medezeggenschap in Nederland geen functie meer vervult, gezien de hierboven omschreven veranderingen.

Dit is primair een juridisch onderzoek. Voor de vraag wat in de huidige tijd als evenwichtig kan worden beschouwd zal ik aansluiting zoeken bij de geldende maatschappelijke opvattingen. Ik zal deze beschrijven aan de hand van kwalitatief onderzoek naar de sociaal-wetenschappelijke rapporten op dit terrein. Bij het zoeken naar een nieuw evenwicht en de positiebepaling van de factor arbeid zal ik niet uitsluitend kijken naar de wetgever. In dit onderzoek zal nadruk liggen op de manier waarop alle in de praktijk bij medezeggenschap

betrokken partijen, te weten de ondernemer, de werknemers(vertegenwoordigers) en de rechter, met het bestaande juridische kader omgaan of – naar huidige maatschappelijke opvattingen bezien – zouden moeten omgaan.

3 De ondernemingsraad en de vennootschap

In dit onderzoek zal ik mij vooral richten op de ondernemingsraad in de zin van artikel 2 lid 1 WOR. Waar ik spreek over de ondernemingsraad, bedoel ik ook de gemeenschappelijke (artikel 3 WOR), de centrale en de groepsondernemingsraad (artikel 35 WOR), tenzij anders is vermeld. Waar ik refereer aan medezeggenschap, doel ik op medezeggenschap van werknemers. Bijzondere vormen van medezeggenschap, zoals die van gepensioneerden,⁹ die van cliënten¹⁰ of die bij de overheid,¹¹ blijven goeddeels buiten beschouwing.

De primaire aandacht voor de ondernemingsraad is gekozen omdat hij in mijn ogen het strategische besluitvormingsproces het dichtst benadert. Dat is allereerst omdat zo'n raad een intern orgaan van de onderneming is, in tegenstelling tot de vakorganisaties die hun taak vervullen vanuit een externe positie en met het oog op behartiging van ledenbelangen. De ondernemingsraad vervult zijn medezeggenschapstaak in beginsel op mandaat van alle in de onderneming werkzame personen (artikel 6 WOR). In de tweede plaats heeft de wetgever aan de ondernemingsraad een specifieke taak toebedeeld bij de advisering over de met name genoemde strategische besluiten in artikel 25 WOR. In de derde plaats is van belang dat het in de praktijk vaak de ondernemingsraad is die verschillen van mening over het strategisch beleid tot punt van overleg maakt en zo nodig aan de rechter voorlegt. De jurisprudentie van de Ondernemingskamer laat zien dat het aantal beroepszaken volgens artikel 26 WOR het aantal door de vakorganisaties aanhangig gemaakte strategische kwesties verregaand overstijgt.¹² Dat betekent dat de ondernemingsraad in ieder geval getalsmatig

9. Zie onder meer Henrichs 2000 en Kuyt-Fokkens 2009.

10. Zie onder meer Loorbach 2006, Holtzer 2007b, Van der Ploeg 2008, Soerjatin 2010 en De Jongh, Schild en Timmerman 2010.

11. Voor een uitgebreide bespreking van dit thema verwijs ik naar de dissertatie van Sprengers (Sprengers 1999).

12. Zie de verslagen van de Ondernemingskamer over haar werkzaamheden in het jaar 2007 (Ondernemingsrecht 2008-185), 2005 (Ondernemingsrecht 2007-4), 2004 (Ondernemingsrecht 2006-9), 2003 (Ondernemingsrecht 2004-14), 2002 (Ondernemingsrecht 2003-13), 2001 (Ondernemingsrecht 2002-16/17), 1999 en 2000 (Ondernemingsrecht 2001-13), 1998 (TVVS 1999-13), 1996 en 1997 (TVVS 1998-5) en het overzicht van door de vakorganisaties gevoerde enquêteprocedures in bijlage 2 van L.C.J. Sprengers en G.W. van der Voet (red.), De toekomst van de medezeggenschap - aanbevelingen aan de wetgever, Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 37, Kluwer 2009.

HOOFDSTUK 1

kan worden beschouwd als de belangrijkste aanjager van de rechtsvorming over geschillen rondom het strategisch beleid van de vennootschap.

Zoals uit de titel van dit onderzoek blijkt, zal de relatie tussen werknemers en de vennootschap en de met haar verbonden onderneming nader worden beschouwd. Dat is in zekere zin een gewrongen constructie, althans vanuit het perspectief van de WOR. In die wet wordt uitsluitend aan de relatie tussen ondernemingsraad en de *onderneming* gerefereerd. Als onderneming in de zin van de WOR wordt elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid opererend organisatorisch verband beschouwd waarin arbeid wordt verricht op grond van arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling (artikel 1 lid 1 sub c WOR). In die constellatie kan de vennootschap de functie van *ondernemer* vervullen: de natuurlijke persoon of rechtspersoon die een onderneming in stand houdt. Overigens is de *bestuurder* van de onderneming in de zin van de WOR niet altijd gelijk aan het bestuur in de zin van artikel 2:129 BW.¹³ De systematiek uit het medezeggenschapsrecht sluit, zoals bekend, niet goed aan op het vennootschapsrecht.¹⁴

De vorming van de strategie vindt plaats in een driehoek, die wordt gevormd door het concern (waarvan vennootschap en onderneming deel uitmaken), de vennootschap (waarin besluitvorming plaatsvindt) en de onderneming (de sociale eenheid waarin de economische activiteit plaatsvindt). Doordat de besluitvorming inwerkt op de economische activiteit worden vennootschap en onderneming naar elkaar toe getrokken. Die besluitvorming wordt vaak centraal gestuurd door de leiding van de groep als een economische eenheid waarbinnen rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden (artikel 2:24b BW). Dit vennootschapsrechtelijke groepsbegrip wijkt af van het medezeggenschapsrecht, waarin het gaat om de term ‘in een groep verbonden ondernemers’ (artikel 33 lid 3 WOR) dat een eigen betekenis heeft,¹⁵ maar de zuigkracht voelt van het economische verschijnsel van de groep.

De systemen van het medezeggenschapsrecht en het vennootschapsrecht staan niet geheel los van elkaar.¹⁶ In de jurisprudentie is een ontwikkeling te zien naar een toenadering van rechtspersoon en onderneming. Geschillen over de strategie worden door de ondernemingsraad niet langer alleen langs de band

13. Zie Van Slooten 2005 en Van der Stege 2005.

14. Ik verwijs naar de dissertatie van Van Mierlo, die de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht heeft behandeld (Van Mierlo 2013). Zie ook Honée 1981.

15. HR 14 maart 2008, JOR 2008/94 m.nt. Holtzer.

16. Zie bijvoorbeeld OK 30 december 2008, ARO 2004/18, JOR 2004/102 (Intergas), waarin de Ondernemingskamer het betoog van de ondernemer verwierp dat erop neerkwam dat een statutenwijziging uitsluitend betrekking heeft op de structuur en de verdeling van bevoegdheden binnen de vennootschap en er reeds om die reden geen sprake zou kunnen zijn van


van het beroepsrecht van artikel 26 WOR¹⁷ (waarin besluiten over de onderneming centraal staan) gespeeld, maar in toenemende mate ook via het enquêterecht (waarin het gaat om het beleid en de gang van zaken van de vennootschap). Daardoor verdwijnt het beeld dat de ondernemingsraad zich uitsluitend via het beroepsrecht kan inlaten met de strategie en vindt een zekere osmose plaats tussen rechtspersoon en onderneming.

De invalshoeken vanuit het medezeggenschapsrecht en het vennootschapsrecht vervagen het sterkst wanneer de ondernemingsraad (al dan niet als belanghebbende) in een enquêteprocedure de schending van medezeggenschapsrechten opvoert als een van de redenen waarom gegronde twijfel bestaat aan de juistheid van het beleid.¹⁸ Zo worden klachten die ook in een procedure op grond van beroepsrecht jegens de onderneming aan de orde konden worden gesteld geïncorporeerd in een groter geheel van bezwaren tegen het beleid van de vennootschap. Of de bezwaren van werknemers tegen de strategie zich richten tot de vennootschap of de onderneming lijkt dan een kwestie van toeval.

Ik kies voor een benadering van de medezeggenschap vanuit de optiek van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. De reden daarvoor is dat ik het onderzoek niet wil beperken tot de *onderneming*: het gaat mij ook om de organen van de vennootschap, zoals (de samenstelling van) het bestuur of de raad van commissarissen. Daarnaast wil ik overwegingen wijden aan de verhouding van de ondernemingsraad tot de algemene vergadering van aandeelhouders; gezien vanuit het begrippenkader van de WOR zou die verhouding niet aan bod komen, omdat daarin geen rechtstreekse relatie tussen die organen wordt gelegd. De keuze voor de vennootschap en de onderneming bakent het onderwerp overigens af. De medezeggenschap bij andere rechtspersonen komt hier slechts zijdelings aan bod.

Hoewel ik primair de positie van de ondernemingsraad zal bekijken, worden vakorganisaties en andere vormen van werknemersvertegenwoordiging niet uitgesloten. In kleinere ondernemingen worden werknemers vaak ook op andere wijze vertegenwoordigd, bijvoorbeeld via de personeelsvertegenwoordiging volgens artikel 35c WOR. Langs die weg kunnen werknemers eveneens

een besluit tot wijziging van de organisatie van onderscheidenlijk de bevoegdheden binnen de onderneming. Een dergelijk onderscheid tussen de rechtspersoon en de onderneming moet volgens de Ondernemingskamer worden gekenschetst als kunstmatig waar het de toepassing van de Wet op de ondernemingsraden betreft.

17. In OK 21 april 2010, JOR 2010/186 (Maliebaan) r.o. 10. Holtzer bevestigt de Ondernemingskamer dat (de beweegredenen voor) strategisch zen van de ondernemer in volle omvang door het adviesrecht van de ondernemingsraad worden bestreken.
18. Zie OK 29 april 2010, JOR 2010/187 (Zorgcentra de Betuwe) en OK 20 mei 2010, JOR 2010/188 (Sherpa) m.nt. Verburg.

HOOFDSTUK 1

pogen invloed te krijgen op de strategie van de vennootschap. In die zin zal een deel van hetgeen hier wordt besproken tevens van waarde (kunnen) zijn voor de positie van de vakorganisaties en andere vormen van werknemersvertegenwoordiging, ook waar dit niet expliciet aan de orde komt.

De WOR definieert de in de onderneming werkzame personen als degenen die in de onderneming werkzaam zijn krachtens een publiekrechtelijke aanstelling bij, dan wel een arbeidsovereenkomst met, de ondernemer die de onderneming in stand houdt (artikel 1 lid 2 WOR). Daaronder vallen in principe ook uitzendkrachten en gedetacheerde medewerkers bij een andere ondernemer (artikel 1 lid 3 WOR). De arbeidsovereenkomst is omschreven in artikel 7:610 BW. Ik zal mij hierna niet tot de wettelijke definities van het begrip werknemer beperken. De strategie van de vennootschap of de groep kan effect hebben op andere met haar verbonden personen dan zij die krachtens arbeidsovereenkomst in de onderneming werkzaam zijn, bijvoorbeeld op werknemers van buitenlandse concernvennootschappen of zelfstandigen zonder personeel die langdurig aan de onderneming verbonden zijn. Ik zie daarom af van een (nauwe) omschrijving van het werknemersbegrip.

Consequent gebruik van de term ‘ondernemingsraad’ doet vermoeden dat dit orgaan ook in de praktijk eenvormig optreedt. Daarvan is geen sprake. Ondernemingsraden kunnen net zulke verschillende karaktertrekken vertonen als de mensen die er deel van uitmaken. De ondernemer ontmoet redelijke en onredelijke ondernemingsraden, jonge en oude, bange en oorlogzuchtige, progressieve en reactionaire, etcetera. Deze verscheidenheid is zichtbaar in alle lagen van het Nederlandse bedrijfsleven, waarbij niet onmiddellijk gezegd kan worden dat de ondernemingsraad bij beursvennootschappen zich professioneler opstelt of beter geëquipeerd is dan die bij niet-genoteerde vennootschappen. Evenmin kan worden gezegd dat ondernemingsraden bij kleine ondernemingen per definitie medezeggenschap van geringere kwaliteit uitoefenen dan die bij grote ondernemingen.

In dit onderzoek zal ik ook aandacht besteden aan de Europese ondernemingsraad. Andere internationale vormen van medezeggenschap blijven onbesproken, zoals de Europese vennootschap of de grensoverschrijdende fusie. Deze keuze is gemaakt om het onderzoek af te bakenen en omdat hiernaar al door anderen (promotie)onderzoek wordt verricht.

4 De positie van de ondernemingsraad in de internationale groep

Hoe loopt het besluitvormingsproces bij een internationaal concern in de praktijk? Een sterk gegeneraliseerd voorbeeld kan worden gevonden in de volgende situatie.

De internationale holding van een wereldwijd concern met ondernemingen in alle delen van de wereld heeft regelmatig een vergadering op het niveau van de managementboard in het hoofdkwartier in Londen, waar over het strategisch beleid wordt gesproken. In die vergaderingen beziet de board het concern vaak als één onderneming: financiële resultaten en operationele effectiviteit worden geconsolideerd en als een geheel gezien. Uitsplitsing vindt vervolgens plaats aan de hand van werelddelen die een groot aantal jurisdicties omvatten. Vaak wordt volstaan met een driedeling: the Americas; Europe, Middle East en Africa (EMEA); en Asia (of 'Australasia').

De subholding naar Nederlands recht valt onder de bevoegdheid van de managing director EMEA, die de door de Nederlandse subholding gedreven ondernemingen te beschouwen heeft als onderdeel van het veel grotere terrein dat in zijn functiebenaming is vervat. Voor Nederland is, evenals bij de overige jurisdicties die binnen de groep vallen, een 'country manager' aangesteld, die zich richt op de resultaten van de Nederlandse subholding en daaraan verbonden ondernemingen. Die country manager is vaak dezelfde persoon als de voorzitter van het bestuur van de subholding. Vaak dient hij of zij niet alleen te rapporteren aan de managing director EMEA, maar ook aan het hoofd van hiërarchisch verticaal ingerichte *business streams*, waarin de organisatie volgens specifieke markten, producten of diensten opereert.

De board bespreekt op hoog niveau het strategisch beleid van het concern en besluit, vanwege de marktomstandigheden, tot een significante kostenreductie. In mijn voorbeeld wordt dit uitgedrukt in een percentage, dat als doelstelling aan de managing director EMEA wordt meegegeven en dat hij dient te bereiken voor de onder zijn bevoegdheid vallende jurisdicties. Dit debat onttrekt zich over het algemeen aan de waarneming van het Nederlandse bestuur, dat daarop dan geen invloed kan uitoefenen. Veeleer wordt dat bestuur pas geconfronteerd met dit – vaak in stellige bewoordingen geformuleerde – voornemen op een moment dat er nauwelijks mogelijkheden zijn om contra-indicaties naar voren te brengen. Het bestuur staat dan voor de afweging: de doelstelling accepteren of de implementatie ervan weigeren bij de schatting van dat effect op de Nederlandse ondernemingen. In de meeste gevallen zal het bestuur voor de eerste weg kiezen.

HOOFDSTUK 1

Het Nederlandse bestuur wint vervolgens juridisch advies in en laat zich, vaak in samenspraak met de managing director EMEA, adviseren over de beste route in de richting van een reorganisatie bij Nederlandse ondernemingen, die tot het gewenste percentage zal moeten leiden. Daarbij zijn ook ingrijpende personele consequenties te verwachten. Het bestuur dient advies te vragen aan de ondernemingsraad en onderhandelingen te voeren met de vakorganisaties over de inhoud van een sociaal plan. Vanwege de vertrouwelijkheid waarmee de wereldwijde reorganisatie is omgeven, vanwege relevante wet- en regelgeving in de verschillende jurisdicties en vanwege de noodzaak om communicatie over de voorgenomen reorganisatie zo veel mogelijk gelijktijdig aan de werknemers en hun vertegenwoordigers wereldwijd te communiceren, wordt het Nederlandse bestuur pas in een laat stadium toegestaan met de ondernemingsraad overleg te voeren over het voorgenomen besluit. De inhoud van de adviesaanvraag wordt op professionele wijze voorbereid, maar is noodzakelijkerwijs in hoofdzaak beperkt tot de consequenties van het voorgenomen besluit voor de Nederlandse ondernemingen en hun werknemers.


Ik geef dit voorbeeld om de complexiteit te benadrukken waarmee de medezeggenschap zich geconfronteerd ziet om de strategische besluitvorming op internationaal niveau te beïnvloeden. Naarmate de verschillende schakeringen in dit voorbeeld worden verlegd, worden ook de afwegingen over de redelijkheid of onredelijkheid van de uiteindelijk daaruit voortvloeiende procedure anders. Niettemin zal de zojuist geschetste situatie veel praktijkbeoefenaren bekend voorkomen. Ik wil daarmee twee aspecten aanduiden.

Het eerste aspect is dat in (grote) internationale concerns de strategische besluitvorming soms ver verwijderd is van de Nederlandse onderneming. In het debat voorafgaande aan de totstandkoming van het SER-advies Evenwichtig ondernemingsbestuur is door de werknemersleden en een deel van de kroonleden geopperd dat de Nederlandse wetgever de gevolgen van de internationalisering van ondernemingen voor de medezeggenschap van werknemers zou moeten ondervangen door maatregelen te nemen.¹⁹

Die wettelijke maatregelen (in het SER-advies niet nader gespecificeerd) zouden betrekking moeten hebben op de medezeggenschap in de onderneming ("ondernemingsrechtelijke medezeggenschap"). Ik noem dit verder 'materiële medezeggenschap', omdat het hier gaat om de medezeggenschap inzake de *inhoudelijke* aspecten van beleid of besluiten. De term 'ondernemingsrechtelijke medezeggenschap' vind ik verwarrend, omdat deze uitsluitend lijkt te verwijzen naar een discipline, en niet naar de aard van de medezeggenschap

19. SER-advies Evenwichtig ondernemingsbestuur, p. 30.

zelf, terwijl voor deze vorm van medezeggenschap in de literatuur eveneens de term ‘arbeidsrechtelijke medezeggenschap’ wordt gehanteerd.

Daarnaast vonden vertegenwoordigers in de SER dat nieuwe wetgeving noodzakelijk was over de medezeggenschap van werknemers bij de inrichting van bestuur van en toezicht op vennootschappen (“vennootschappelijke medezeggenschap”). Ik noem dit verder ‘structurele medezeggenschap’, omdat het hier gaat om structurele verwerking van het belangenpluralisme in de *organen* van de vennootschap. De term ‘vennootschapsrechtelijke medezeggenschap’ vind ik verwarrend, omdat deze wederom uitsluitend lijkt te verwijzen naar een discipline, terwijl hiervoor ook ‘ondernemingsrechtelijke medezeggenschap’ wordt gebruikt, nog daargelaten de vraag waar precies het verschil tussen vennootschapsrecht en ondernemingsrecht ligt en of dit onderscheid dan ook terecht in het medezeggenschapsrecht wordt gebruikt. Ik gebruik deze term voor iedere vorm van medezeggenschap die in de structuur van de vennootschap wordt verwerkt, niet uitsluitend de medezeggenschap via de structuurregels 

Dit is niet de plaats om de argumenten voor of tegen nieuwe wetgeving uit te werken; daartoe dient dit onderzoek. Ik wil nu alleen signaleren dat vragen gesteld kunnen worden over de noodzaak en effectiviteit van voorgestelde wetswijzigingen van materiële en structurele medezeggenschap.

Het tweede aspect dat ik met het voorbeeld wil verduidelijken is dat de vorming van strategisch beleid vanuit de internationale holding inderdaad problemen kan opleveren voor de medezeggenschap in Nederland, maar dat die beperkingen in sommige situaties kunnen worden genuanceerd: besluiten die de internationale concernleiding heeft genomen, kunnen onder omstandigheden wel degelijk door de Nederlandse rechter worden getoetst. De gedachte kan ontstaan dat een besluit van de internationale holding in Nederland niet aantastbaar zou zijn door het territorialiteitsbeginsel uit de WOR. Die gedachte kan worden genuanceerd. Er zijn situaties denkbaar waarin een strategisch besluit van de internationale concernleiding, althans de Nederlandse component daarvan, wel degelijk op zijn merites kan worden beoordeeld. Deze afweging hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij ook de aard van het besluit een rol zal spelen, evenals de personele consequenties ervan voor de onderneming in Nederland, zonder dat die gevolgen per se dienen te worden gescheiden van de oorspronkelijke besluitvorming zelf.

In mijn voorbeeld zou dit zich kunnen voordoen wanneer het besluit tot reorganisatie van de door de Nederlandse subholding gedreven ondernemingen en het daaruit voortvloeiende collectieve ontslag de toets der kritiek niet zou kunnen doorstaan, als gevolg van een gebrekkige of te ongenueanceerde

HOOFDSTUK 1

achterliggende motivering van het besluit. Het is mogelijk dat de besparing die het Nederlandse bestuur moet bereiken internationaal is bepaald, maar daarmee wordt dat besluit niet onaantastbaar en bevrijdt dit het Nederlandse bestuur (en evenmin – daarvan afgeleid – de internationale concernleiding) niet van de noodzaak het besluit te motiveren in de specifieke context van de Nederlandse onderneming. Het is daarom voor een deel ook een vraag over de *timing* van (een poging tot) ingrijpen in internationale besluitvorming.

Zo ontstaat het volgende beeld van de kracht, zwakte, kansen en bedreigingen van werknemers bij de strategie van de vennootschap:

1. De kracht van de ondernemingsraad bevindt zich aan het einde van het strategische besluitvormingsproces. De rechtspraak van de Ondernemingskamer over het beroepsrecht op de voet van artikel 26 WOR heeft laten zien dat waar ondernemer en ondernemingsraad diepgaand met elkaar in conflict verkeren over de uitvoering van een specifiek strategisch besluit, onder omstandigheden als gevolg van de door de ondernemingsraad geïnitieerde rechtsmaatregelen krachtig kan worden ingegrepen in de verhoudingen. De invloed die de ondernemingsraad in deze fase van de besluitvorming op het proces kan uitoefenen en de wijze waarop de Ondernemingskamer die toetsing uitvoert, is in de literatuur volgens sommigen als te verstrekkend en volgens anderen als te terughoudend gekenschetst, maar heeft inmiddels een zekere mate van voorspelbaarheid gekregen, waarvan ik de hoofdlijnen in een eerdere publicatie als volgt heb beschreven:
 - (i) Een zorgvuldige voorbereiding van de procedure en een redelijke voorziening voor de personele consequenties zijn essentieel.
 - (ii) Wanneer de procedure goed is gevolgd, legt het economisch belang van de ondernemer veel gewicht in de schaal.
 - (iii) Gewijzigde omstandigheden, mits voldoende ingrijpend, mogen de ondernemer van koers doen veranderen en soms van toezeggingen aan de ondernemingsraad doen afwijken.²⁰ Deze vuistregels zijn slechts een korte samenvatting van de reikwijdte van het adviesrecht van de ondernemingsraad bij strategische besluiten. In dit onderzoek zal worden geanalyseerd welke ruimte de rechter aan de ondernemer of de ondernemingsraad laat in de uitvoering van strategische besluiten.
2. De zwakte van de positie van werknemers ligt in het begin van het strategische besluitvormingstraject. Het zoeken naar een evenwichtige benadering van medezeggenschapsrechtelijke invloed op de oorsprong van het strategische besluitvormingsproces vormt een van de thema's van dit onderzoek. De regeling van de informatie- en overlegrechten van de ondernemingsraad lijkt onvoldoende effect te bieden. Ik zal zoeken naar

20. Holtzer 2003, p. 29.

een antwoord op de vraag waarin die ineffectiviteit gelegen is. Moet de oorzaak van de moeilijkheden die werknemers ondervinden om door te dringen tot het begin van het besluitvormingstraject worden gevonden in het tekortschieten van de wetgeving op dit punt? Of is hier sprake van een onderbenutting van rechten door de werknemers zelf? Indien dat laatste het geval is, welke middelen zouden werknemers dan kunnen aanwenden om die invloed te vergroten? Welke rol kan de Nederlandse rechter spelen in de uitbalanceren van de verschillende belangen rondom de vennootschap?

3. Voor werknemers ontstaan mogelijk kansen om hun positie te versterken wanneer de ondernemingsraad zich opwerpt als medebewaker van het belang van de vennootschap en de door haar gedreven onderneming. De ondernemingsraad heeft zich ontwikkeld van een overlegorgaan, voorgezeten door de bestuurder, tot een zelfstandig medezeggenschapsorgaan dat zich steeds meer is gaan richten op het werknemersbelang. De ondernemingsraad moet bij het dienen van dat belang en bij zijn andere taak, het overleg met de ondernemer, het belang van de vennootschap mede in het oog houden en het werknemersbelang zo nodig na afweging tegen het vennootschappelijk belang ontzien.²¹ Terwijl in de klassieke opvatting de taakvervulling door de ondernemingsraad als een interne aangelegenheid tussen ondernemer en ondernemingsraad wordt beschouwd, krijgt ze een breder, extern karakter wanneer de raad zich actief mengt in strategische discussies of conflicten rondom de vennootschap.
4. De belangrijkste bedreiging voor het uitoefenen van invloed door werknemers is de internationalisering van het bedrijfsleven. In sommige delen van het bedrijfsleven vormt voorts de afnemende belangstelling voor het werk van de ondernemingsraad een bedreiging.²² De arbeidsmarkt in Nederland is in de tweede helft van de vorige eeuw sterk veranderd. Mensen werken niet langer hun hele leven bij één onderneming, maar wisselen graag van baan. Zij tonen in het algemeen minder betrokkenheid bij hun werk. De flexibilisering van arbeid en de opkomst van outsiders in de arbeidsmarkt, de zelfstandigen zonder personeel, maakt die betrokkenheid niet sterker.²³ De belangstelling voor het werk van de ondernemingsraad is daardoor in sommige sectoren tanende. Daarbij komt de relatie tussen ondernemingsraad en vakorganisaties, die in de praktijk regelmatig als moeizaam wordt gekwalificeerd. Uit de jurisprudentie die ik behandel volgt dat de vakorganisaties zich terughoudend opstellen bij het strategisch beleid van de vennootschap. De oorzaak hiervan lijkt te zijn de bij de

21. Maeijer 1982, p. 6.

22. Verminderd animo komt vaker voor bij de sectoren overheid en industrie en minder bij ondernemingen in de sectoren non-profit en commerciële diensten (Van het Kaar en Looise 1999, p. 136). Zie ook Goodijk 2009 en Van Beurden e.a. 2009.

23. Zie hierover verder Verburg 2010a en Grapperhaus 2013, p. 153 e.v.

HOOFDSTUK 1

vakorganisaties levende gedachte dat het entameren van een enquêteprocedure weinig zinvol is, gezien de geringe kans dat zij in een dergelijke procedure succes kunnen behalen. Ik zal onderzoeken of dit standpunt juist is. Door een analyse van de op dit terrein gepubliceerde jurisprudentie zal ik bezien of deze voor de vakorganisaties aanleiding kan zijn zich te beraden op hun houding over de strategische beleidsvorming van de vennootschap. Daarbij is hun alternatief een terugval op een zuiver arbeidsvoorwaardenvormende taak bij het overeenkomen van collectieve arbeidsovereenkomsten. Het antwoord op de vraag of die beweging wenselijk is, moeten de vakorganisaties uiteindelijk zelf geven; het doel van het onderzoek is suggesties te bespreken die voor deze positiebepaling relevant zouden kunnen zijn, en waar nodig het inzicht te vergroten in de werking van relevante juridische procedures en de effecten van samenwerking tussen werknemersvertegenwoordigers daarop.²⁴

5 De positie van de Europese ondernemingsraad in Nederland

Vanuit internationaal perspectief lijkt de Europese ondernemingsraad op het eerste gezicht goed gepositioneerd, althans beter dan de lokale ondernemingsraad, om de besluitvorming op dat niveau te beïnvloeden. Op nationaal niveau wordt over het algemeen aangenomen dat het lokale beleid een aangelegenheid voor de lokale ondernemingsraad betreft; de Europese ondernemingsraad is er voor de grote lijnen van het internationale beleid en voor grensoverschrijdende aangelegenheden. Die perceptie is niet in alle gevallen juist, aangezien het de bedoeling van de Europese regelgeving is dat het effect van informatie en consultatie op Europees niveau mede voelbaar is op lokaal niveau. Op 16 december 2008 heeft het Europees Parlement de tekst van een voorstel tot herziening van de richtlijn inzake de Europese ondernemingsraad aanvaard.²⁵ Het doel van die herziening was om de Europese ondernemingsraad meer bevoegdheden toe te kennen.²⁶ Ik zal de vraag behandelen of de wijziging van de richtlijn op deze punten een wezenlijke versterking van de positie van de Europese ondernemingsraad inhoudt.

De jurisprudentie van het Hof van Justitie lijkt erop te duiden dat de Europese medezeggenschap het door de Europese wetgever gewenste niveau nog niet heeft bereikt, aangezien deze uitspraken uitsluitend betrekking te hebben op een voorfase van medezeggenschap, te weten (de onderhandelingen rondom) de

24. In Van Beurden e.a. 2009 wordt geconstateerd dat als belangrijkste reden voor onderbenutting van een aantal bevoegdheden door de ondernemingsraad wordt gegeven “dat men onvoldoende van de mogelijkheid op de hoogte is”.

25. Richtlijn 2009/38/EG.

26. Lamers 2008, p. 181.

oprichting en de continuering van de medezeggenschap van de Europese ondernemingsraad.²⁷

Inmiddels is ook een aantal, in Nederland vrijwel onbekende, uitspraken van buitenlandse rechters voorhanden, waaruit blijkt dat Europese en lokale ondernemingsraden in sommige gevallen met succes procederen om hun Europese medezeggenschapsrechten geldend te maken. In die uitspraken gaat het niet langer om het *bestaansrecht* van de Europese ondernemingsraad, maar om de *inhoud* van zijn rechten. Ik zie een ontwikkeling tot een grotere bewustwording van het Europese medezeggenschapsrecht in het buitenland en stel de vraag wat dit voor de Nederlandse praktijk kan betekenen. Bij de beantwoording van die vraag kijk ik naar het verschil tussen de Europese ondernemingsraad van een in Nederland gevestigd concern en van een buitenlandse groep, en naar de relatie tussen de Europese en de lokale ondernemingsraad. Afhankelijk van de inhoud van die relatie en de structuur van het concern kunnen deze medezeggenschapsorganen elkaar versterken of een gevaar voor elkaar vormen.

6 Probleemstelling

Dit alles leidt tot de volgende probleemstelling: welke invloed kunnen werknemers uitoefenen op het strategisch beleid van de Nederlandse vennootschap, het Nederlandse internationale concern en het buitenlandse internationale concern, en hoe kan de stand van zaken worden verbeterd volgens de maatschappelijke opvattingen op dit punt?

Ik behandel deze probleemstelling door in het eerste deel van dit onderzoek de vraag te bespreken wat strategisch beleid is en wie dit bepaalt (hoofdstuk 2). In hoofdstuk 3 bespreek ik hoe de invloed van werknemers op dat beleid tot stand is gekomen.

In deel twee van dit onderzoek ga ik nader in op de positie van de ondernemingsraad (hoofdstuk 4). Ik zal de maatschappelijke opvattingen en de rechtspraak op dit terrein analyseren volgens de driedeling die ik in het bedrijfsleven waarneem: de Nederlandse onderneming, het Nederlandse internationale concern en het buitenlandse internationale concern.

In deel drie behandel ik de strategische invloed van andere vormen van werknemersvertegenwoordiging, te weten de Europese ondernemingsraad (hoofdstuk 5) en de vakorganisaties (hoofdstuk 6). In hoofdstuk 7 geef ik aanbevelingen voor de toekomst.

27. Zie o.a. HvJ EG 15 juli 2004, JAR 2004/191 (Anker).

Hoofdstuk 2. Het strategisch beleid van de vennootschap

1 Wat is strategisch beleid?

Het begrip ‘strategisch beleid’ kent geen wettelijke definitie. In de jurisprudentie en literatuur wordt de term wel gehanteerd, maar niet voorzien van een duidelijke juridische omlijning. Waarschijnlijk wordt in de praktijk als vanzelfsprekend ervaren wat onder strategisch beleid dient te worden verstaan. Nadere beschouwing leert dat de inhoud van die term nog niet zo helder is als deze op het eerste gezicht lijkt.

Voor de invulling van het begrip strategisch beleid heb ik inspiratie gezocht in een aantal publicaties uit de bedrijfseconomische literatuur. Deze zijstap leverde een diffuus beeld op. Het aantal publicaties op het terrein van strategisch management is enorm, en ik heb niet de pretentie hier een volledig beeld te geven. Wat wel uit de door mij bestudeerde literatuur duidelijk wordt, is dat er een veelheid aan omschrijvingen en definities van het begrip strategie bestaat. Een vaak aangehaalde definitie is die van Chandler:¹ “Strategy can be defined as the determination of the basic long term goals and objectives of an enterprise, and the adoption of courses of action and the allocation of resources necessary for carrying out those goals.”

Van de vele in de literatuur voorgestelde definities van het begrip strategie spreekt mij de omschrijving van Johnson, Scholes en Whittington² het meest aan: “Strategy is the direction and scope of an organisation over the long term, which achieves advantage in a changing environment through its configuration of resources and competences with the aim of fulfilling stakeholder expectations.” *Complexiteit* is volgens die auteurs een bepalend kenmerk van strategie en strategische besluiten, zeker in internationale organisaties.³ Inherent aan het maken van strategische keuzes is de onzekerheid die daarmee gepaard gaat. Iedere keer dat de beleidsmaker probeert een beleidsprobleem op te lossen, dient hij zich rekenschap te geven van de relatie van dat probleem met alle andere problemen waarvoor de onderneming staat.

1. Chandler 1962, p. 13.

2. Johnson e.a. 2008, p. 3.

3. Zie ook Assink 2010, p. 11.

HOOFDSTUK 2

Het belang van het element complexiteit in het strategische besluitvormingsproces wordt onderschreven door Stacey.⁴ Ook hij wijst op de intrinsieke onzekerheid en onvoorspelbaarheid waarmee de onderneming wordt geconfronteerd, en hij is van mening dat de strategie van de organisatie mede moet worden geanalyseerd volgens minder rationele, minder geordende aspecten van strategisch management, waarop ik hierna zal terugkomen.

Een rationelere benadering van de strategie van de onderneming wordt gekozen door Ghemawat,⁵ die overigens meent dat het weinig zinvol is met nieuwe definities van de term strategie te komen: “Interest in defining and redefining strategy is an ongoing endeavor despite thoughtful attempts over the decades (...). It would therefore be idiosyncratic to begin by tossing yet another definition onto the pile.” In zijn boek behandelt hij verschillende methoden om tot een analyse van de strategie van de onderneming te komen, beginnend bij de beschrijving van de kracht, zwakte, kansen en bedreigingen waarmee de onderneming in de markt wordt geconfronteerd. Deze methode, beter bekend als de SWOT-analyse (strengths, weaknesses, opportunities and threats), is zijns inziens nog steeds actueel, zij het dat hij ook andere, meer elementen omvattende methoden behandelt.

Porter maakt een onderscheid tussen strategie en operationele effectiviteit.⁶ Beide aspecten zijn essentieel voor een optimale prestatie van de onderneming, maar ze betekenen in zijn visie niet hetzelfde. Operationele effectiviteit houdt in dat de onderneming vergelijkbare activiteiten *beter* verricht dan de concurrentie. Strategisch beleid daarentegen betekent dat *andere* activiteiten dan die van rivalen worden ontplooid, of dat vergelijkbare activiteiten op een *andere wijze* worden verricht.

Porter ziet strategisch beleid als een systeem van activiteiten: “What is [the company’s] core competence? Its key success factors? The correct answer is that everything matters. [The company’s] strategy involves a whole system of activities, not a collection of parts. Its competitive advantage comes from the way its activities fit and reinforce one another.” Hij definieert strategie als volgt: “What is strategy? Strategy is creating fit among a company’s activities. The success of a strategy depends on doing many things well – not just a few – and integrating among them. If there is no fit among activities, there is no distinctive strategy and little sustainability. Management reverts to the simple task of overseeing independent functions, and operational effectiveness determines an organization’s relative performance.” Het gaat bij strategie om een unieke *value*

4. Stacey 2007, p. 3.

5. Ghemawat 2009, p. 5, 17 e.v.

6. Porter 2008, p. 58.

proposition vergeleken met de concurrentie en een zekere mate van continuïteit van de gekozen positie, met de mogelijkheid de daaruit voortvloeiende resultaten te verbeteren.

Deze greep uit de bedrijfseconomische literatuur is nuttig omdat dit duidelijk maakt dat er geen overeenstemming bestaat over de invulling van begrippen als strategie en strategisch beleid. De door Johnson c.s. gegeven omschrijving legt de nadruk op de noodzaak van de ontwikkeling van een strategisch beleid op de lange termijn met als doel de verwachtingen van de stakeholders te vervullen; daarom spreekt deze mij aan. Die definitie biedt weinig aanknopingspunten wanneer wordt gezocht naar een juridische inkadering van het strategisch beleid; daarvoor is ze te algemeen van aard. Hetzelfde geldt voor de omschrijving van Porter, zij het dat het onderscheid tussen strategie en operationele effectiviteit behulpzaam kan zijn bij vergroting van het inzicht in het besluitvormingsproces.

2 Hoe komt strategisch beleid tot stand?

Bij de totstandkoming van strategisch beleid speelt een groot aantal factoren een rol. Het gaat onder meer om de koers die de onderneming voor de lange termijn wil uitzetten, het scala aan activiteiten waarop de organisatie zich toelegt, het verkrijgen van een voordelige positie jegens de concurrentie, de omgeving waarin de onderneming opereert, haar middelen en competenties, en de waarden en verwachtingen van de bij de onderneming betrokkenen, de stakeholders.⁷ Vanuit die factoren kan de ondernemer komen tot het formuleren van het strategisch beleid of een strategisch plan. Ook hierover heb ik in de literatuur een veelheid aan theorieën en meningen aangetroffen.

Een belangrijk en relatief eenvoudig model voor de totstandkoming van strategisch beleid op het niveau van de organisatie is ontworpen door Nadler en Tushman.⁸ In hun model, dat zij *strategic design* noemen, doorloopt het strategische besluitvormingsproces de volgende vier fasen.

Fase 1: preliminaire analyse

In de eerste fase wordt onderzocht hoe de onderneming functioneert, waar problemen of tekortkomingen in de resultaten ontstaan en – vooral – hoe die resultaten gerelateerd zijn aan de strategie. Dit proces begint met het verzamelen van informatie en een analyse daarvan. Ghemawat stelt in dat verband een analytische methode voor, die in zijn ogen een genuanceerder beeld

7. Johnson e.a. 2008, p. 3.

8. Nadler en Tushman 1997, p. 164.

HOOFDSTUK 2

oplevert dan de eerdergenoemde SWOT-methode en die hij *Mapping the Business Landscape* noemt.⁹ De eerste stap die in dat model gezet moet worden is het verzamelen van informatie. Evenals veel andere auteurs¹⁰ benadrukt Ghemawat het belang van een goed systeem van informatievoorziening en een juiste selectie uit de vele bronnen die voorhanden zijn. De tweede stap betreft het trekken van grenzen en het definiëren van de omgeving waarbinnen de onderneming opereert.¹¹ Het gaat dan om de bepaling van de relevante markt of het segment waarbinnen de onderneming opereert (*horizontal scope*), de manier waarop de keten tussen producent en consument functioneert (*vertical scope*) en de geografische factoren van de omgeving waarin de onderneming opereert (*geographic scope*). Stap drie betreft de identificatie van de groepen van spelers of stakeholders met wie de onderneming rekening heeft te houden. Bij stap vier gaat het om het verkrijgen van begrip van de groepsgewijze onderhandelingsmacht en de concentratie van groepen of subgroepen van de spelers met wie de onderneming in aanraking komt. Stap vijf in de analyse betreft het dynamisch denken (*dynamic thinking*), waarin volgens Ghemawat moet worden nagedacht over de toekomstige omgeving waarbinnen de onderneming zal opereren, niet de omgeving zoals die er nu uitziet of zoals ze was. In deze stap moet onderscheid worden gemaakt tussen denken op de korte en op de lange termijn. In stap zes (*Responding to/ Shaping the Business Landscape*) dient de ondernemer tot strategische actie te komen, waarbij geanticipeerd moet worden op resultaten op de lange termijn, de krachten moeten zijn geïdentificeerd die moeten worden overwonnen om tot goede resultaten te komen en (een begin van) besluitvorming kan worden getest. Juridisch vertaald zie ik in deze fase algemene overwegingen overgaan in beleidsvoornemens.

Fase 2: strategisch ontwerp

In fase 2 dient na de analyse uit fase 1 een strategisch ontwerp of een paraplustructuur voor de besluitvorming te worden gemaakt (*strategic design*). Nadler en Tushman zien deze fase uiteenvallen in vier subfasen, te weten:

1. De ontwikkeling van ontwerpcriteria (*development of design criteria*). Op basis van de preliminaire analyse ontwikkelt de ondernemer een serie ontwerpen of mogelijke plannen, die beschrijven wat de uitkomst van de besluitvorming zou moeten zijn.

9. Ghemawat 2009, p. 31.

10. Schwartz 1996, p. 60, M.E. Porter en V.E. Millar, 'How information gives you competitive advantage', in: Porter 2008, p. 73.

11. Zie ook M.E. Porter, 'The five competitive forces that shape strategy', in: Porter 2008, p. 3.

2. Groepering van besluiten (*grouping decisions*). De ondernemer ontwikkelt en evalueert verschillende opties binnen algemene groepen of categorieën, waarbij alternatieven worden afgewogen.
3. Koppeling van besluiten (*linking decisions*). De ondernemer ontwerpt een serie koppelingsmechanismen voor iedere set van alternatieven die de evaluatie overleven. Sommige alternatieven worden gecombineerd, anderen verworpen.
4. Analyse van de uitwerking van de besluitvorming (*impact analysis*). De gegroepeerde en gekoppelde ontwerpen worden overwogen vanuit het gezichtspunt van hun mogelijke effect op de onderneming, de strategische omgeving, en de manier waarop zij zouden moeten leiden tot operationele uitwerking en implementatie.

Juridisch vertaald zie ik in deze fase beleidsvoornemens overgaan in voorgenomen besluiten.

Fase 3: operationeel ontwerp

In de derde fase wordt het strategische ontwerp uitgewerkt tot een ontwerp dat geschikt is om geïmplementeerd te worden. Hierin moet gedetailleerd aandacht worden besteed aan de middelen en de processen waarover de organisatie beschikt om een en ander mogelijk tot uitvoering te brengen. Juridisch vertaald zie ik in deze fase voorgenomen besluiten overgaan in besluiten.

Fase 4: implementatie

Fase 4 is vaak de moeilijkste fase van de besluitvorming: het succes van de implementatie wordt bepaald door zorgvuldige planning en monitoring van de invoering van de uitgedachte strategische ontwerpen. Strategisch beleid dient tot uitvoering te worden gebracht op het niveau van de top van de onderneming (*corporate level*), maar ook in de organisatie en de businessunits (*business level*) en op microniveau in de organisatie, de operatie (*operational level*).¹² Ook in juridische termen gaat het hier om uitvoering van de besluitvorming. Deze implementatie is, zo benadrukken de meeste auteurs, niet compleet zonder een goede evaluatie van het strategisch beleid na verloop van tijd.¹³

Bovenstaande beschrijving van de totstandkoming van strategisch beleid betreft slechts een van de vele benaderingen die mogelijk zijn.¹⁴ Ik heb gekozen voor een uitwerking van het model van Nadler en Tushman, omdat dit inzicht geeft in de stappen die de ondernemer zet vanaf het maken van de eerste analyses tot

12. Johnson e.a. 2008, p. 7. Zie ook Stacey 2007, p. 57.

13. Stacey 2007, p. 54, Johnson e.a. 2008, p. 356, M.E. Porter, 'From competitive advantage to corporate strategy', in: Porter 2008, p. 133.

14. Een overzicht van deze benaderingen is terug te vinden in Mintzberg e.a. 2009.

HOOFDSTUK 2

de implementatie van concreet beleid. Wanneer die fases worden gezien vanuit het oogpunt van de medezeggenschap, ontstaat betrokkenheid van werknemers vaak pas aan het einde van fase 2 of zelfs pas in fase 3, namelijk op het punt dat een strategisch ontwerp al tot stand is gekomen na afweging van alternatieven en – in grote lijnen – is uitgewerkt naar een operationeel ontwerp: een voorgenomen besluit of (in sommige gevallen) zelfs al een concreet besluit. In dat geval is dus geen sprake van enige betrokkenheid in misschien wel de belangrijkste fase van de vorming van strategisch beleid: de preliminaire analyse en het maken van het strategisch ontwerp. Juist in de eerste fase van het besluitvormingsproces lijken al keuzes te moeten worden gemaakt die voor de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming van cruciaal belang kunnen zijn.

3 Het ontbreken van strategisch beleid

De bovenstaande omschrijving van de totstandkoming van strategisch beleid gaat uit van een rationele benadering, waarin controle en de positie van individuen (beleidsmakers) centraal staan. Op die benadering is in de literatuur veel kritiek te vinden. Die kritiek komt er in het algemeen op neer dat de rationele benadering onvoldoende rekening houdt met de complexiteit en de onzekerheid waarmee de onderneming omgeven is, alsmede het belang van de groepen die daarin een rol spelen. Deze critici verwijzen naar irrationele, onbewuste en culturele processen die leiden tot een open systeem van strategievorming, waarin lang niet altijd sprake is van rationele totstandkoming van een strategisch plan. Daarbij wordt onder meer geput uit concepten als de lerende organisatie,¹⁵ psychoanalytische perspectieven of zelfs oosterse mystiek.¹⁶

Een invloedrijke theorie is de *emergent strategy* van Mintzberg.¹⁷ Volgens Mintzberg moet onderscheid worden gemaakt tussen intenties die volledig zijn gerealiseerd (*deliberate strategy*), intenties die in het geheel niet zijn gerealiseerd (*unrealised strategy*) en een dieperliggende beweging van waaruit een patroon ontstaat waaraan geen intentie ten grondslag heeft gelegen (*emergent strategy*). Dat laatste doet zich voor wanneer één voor één acties worden ondernomen, die na verloop van tijd leiden tot een zekere mate van consistentie

15. Senge 1990.

16. Zie voor een uitgebreid overzicht van deze benaderingswijzen Stacey 2007.

17. Mintzberg 1994, Mintzberg 2007, Mintzberg e.a. 2009 met daarin een uitgebreide literatuurlijst van zijn overige publicaties op dit terrein. Zie ook Stacey 2007, p. 151, en De Wit en Meijer 2004, p. 111.

of een patroon. Een dergelijke benadering hoeft in zijn ogen niet slecht te zijn, maar hieraan ligt niet een vooraf uitgewerkt strategisch plan ten grondslag.

Ik ben van mening dat werknemers juist in deze situaties, waarin een uitgewerkt strategisch beleid ontbreekt, moeten pogen begrip te krijgen voor de patronen die in dergelijke organisaties ontstaan en daarop invloed uit te oefenen. Wanneer zij in staat blijken deze patronen in een vroeg stadium te herkennen en daarover met de ondernemer van gedachten kunnen wisselen, ontstaan mogelijkheden voor positieve beïnvloeding van de strategische ontwikkeling en kunnen werknemers misschien voorkomen dat zij worden geconfronteerd met voldongen feiten of met wat zij beschouwen als een salamitactiek.¹⁸

In rechte kan de irrationele component van het besluitvormingsproces overigens niet op veel waardering rekenen, althans waar dit aspect de voornaamste grondslag voor die besluitvorming lijkt te zijn. Dat blijkt onder meer uit de beschikking van de Ondernemingskamer in de HBG-zaak:¹⁹ “De conclusie uit het vorenoverwogene is dat de kwaliteit van de besluitvorming van HBG niet als verantwoord kan worden beoordeeld alsmede dat die besluitvorming, minstgenomen voor een gedeelte, lijkt te hebben plaatsgevonden op basis van irrationele argumenten. (...) Aan de orde is echter wel dat naar de normen die gelden vanwege opvattingen over wat pleegt te worden aangeduid met *corporate governance* aandeelhouders, mede in aanmerking genomen hun als zodanig te respecteren belangen, aanspraak kunnen maken op een kenbare en toetsbare weging van alle in aanmerking te nemen belangen, deze mede gezien de voorhanden alternatieven van beleid.” Traas²⁰ definieert irrationele besluitvorming als volgt: “Een rationele beslissing is een beslissing waarvoor – alle omstandigheden van het geval in aanmerking nemend – een logische verklaring kan worden gegeven. Een irrationele beslissing is een zo duidelijk onverstandige beslissing dat geen goed gemotiveerd en geïnformeerd persoon die ooit zou nemen.” Onder omstandigheden vereisen de beginselen van verantwoord ondernemerschap dat de strategie in geschrift, notulen, rapporten of anderszins wordt vastgelegd en kan aan het ontbreken van vastlegging de conclusie worden verbonden dat die strategie er niet is geweest.²¹

18. Zie OK 17 maart 1983, NJ 1984, 732; OK 20 november 1988, NJ 1988, 330; OK 27 augustus 1987, NJ 1988, 642; OK 29 november 1990, NJ 1992, 220 en Duk 2000, p. 57.

19. OK 4 juli 2001, JOR 2001/149 m.nt. Brink, ro. 3.21; Ondernemingsrecht 2002, p. 61 m.nt. Bartman; zie Kemperink 2002, Nieuwe Weme 2002, Timmerman 2002 en Kemperink 2003.

20. Traas 2010, p. 409.

21. OK 15 februari 2013, JOR 2013/102 m.nt. Strik (Van der Moolen).

4 Strategisch beleid en strategische besluiten

In wetgeving en jurisprudentie zijn aanknopingspunten voor een invulling van het strategisch beleid evenmin ruim voorhanden. Het strategisch beleid wordt wel met zoveel woorden genoemd in artikel 2:141/251 lid 2 BW,²² dat luidt: “Het bestuur stelt ten minste één keer per jaar de raad van commissarissen schriftelijk op de hoogte van de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico’s en het beheers- en controlesysteem van de vennootschap.” Deze bepaling is voor de naamloze vennootschap ingevoerd bij de wijziging van de structuurregeling per 1 oktober 2004. In de memorie van toelichting is niet uitgelegd wat onder dit begrip moet worden verstaan.²³

Een indicatie voor de bedoeling van de wetgever voor de omschrijving van het begrip strategie kon worden gevonden in het - later ingetrokken - voorstel voor de wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Wet giraal effectenverkeer en het Burgerlijk Wetboek naar aanleiding van het advies van de Monitoring Commissie Corporate Governance van 30 mei 2007.²⁴ In dat voorstel werd voorzien in de verplichte melding van de strategie door de vennootschap en de melding van bezwaren tegen die strategie door de aandeelhouder. In de toelichting werd omschreven wat onder strategie moest worden verstaan: “De visie en de keuzes die het bestuur op hoofdlijnen maakt voor een langere periode die het uitgangspunt vormen voor de doelen en deelbeslissingen die zij [sic; M.H.] op kortere termijn neemt.”²⁵ In de literatuur werd betwijfeld of die omschrijving de vennootschap voldoende houvast bood.²⁶

Ik onderscheid strategisch *beleid* van strategische *besluiten*. Over strategische besluiten is in de Nederlandse wetgeving wel het nodige te vinden.²⁷ Het gaat dan om verschillende lijsten van specifieke besluiten, die aan goedkeuring van organen van de vennootschap respectievelijk aan advies van de ondernemingsraad zijn onderworpen. Tijdens de wijziging van de structuurwet is eveneens

22. Zie hierover Den Boogert 2004 en Wezeman 2009a. Josephus Jitta vraagt zich af of in de gevallen dat een vennootschap geen raad van commissarissen heeft deze informatie niet aan de aandeelhoudersvergadering zou moeten worden verstrekt. Daartoe zou een wetswijziging overwogen kunnen worden (Josephus Jitta 2002).

23. Kamerstukken II 2001-2002, 28 179, nr. 3, p. 27.

24. Kamerstukken II 2008-2009, 32 014, nr. 1 en 2.

25. Kamerstukken II 2008-2009, 32 014, nr. 3, p. 11.

26. Neering 2009, Sijnja 2010.

27. De in het besluitvormingsrecht gehanteerde terminologie is overigens niet altijd duidelijk (Dumoulin 1999, p. 8). In de literatuur worden *besluiten* wel onderscheiden van *beslissingen*. Besluiten hebben als oogmerk een rechtsgevolg in het leven te roepen; zij zijn rechtshandelingen en hebben betrekking op de organisatie van de vennootschap. Van beslissingen wordt gesproken indien een bepaald besluit geen rechtsgevolg heeft voor de rechtspersoon (De Mol van Otterloo 2010). In dit onderzoek gaat het om de eerste categorie.

artikel 2:107a BW ingevoerd, waarin is bepaald dat aan de goedkeuring van de algemene vergadering zijn onderworpen de besluiten van het bestuur over een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming, waaronder in ieder geval wordt verstaan de overdracht van de onderneming of vrijwel de gehele onderneming aan een derde, het aangaan of verbreken van een duurzame samenwerking en het nemen of afstoten van een deelneming in het kapitaal van de vennootschap ter waarde van ten minste een derde van de activa. Deze goedkeuringsbevoegdheid van de algemene vergadering over strategische besluiten van het bestuur is uitgebreid aan de orde gekomen in de zaak-ABN AMRO en de zaak-Fortis.²⁸

Naast het goedkeuringsrecht van de algemene vergadering geldt het goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen voor bepaalde besluiten en wordt in artikel 25 WOR een opsomming gegeven van besluiten, voorafgaand waaraan advies van de ondernemingsraad dient te zijn verkregen. In artikel 2:164/274 BW zijn de bestuursbesluiten genoemd waarvoor goedkeuring vereist is van de raad van commissarissen van een structuurvennootschap; samengevat gaat het om de volgende besluiten: (1) uitgifte en verkrijging van aandelen in de vennootschap, (2) medewerking aan de uitgifte van certificaten van aandelen, (3) het aanvragen van een beursnotering, (4) het aangaan of verbreken van belangrijke duurzame samenwerking met een andere onderneming, (5) het nemen van een deelneming ter waarde van ten minste een vierde van het bedrag van het geplaatst kapitaal in het kapitaal van een andere vennootschap, (6) investeringen die een bedrag gelijk aan ten minste een vierde van het geplaatst kapitaal vereisen, (7) een voorstel tot wijziging van de statuten, (8) een voorstel tot ontbinding van de vennootschap, (9) aangifte van faillissement en surseance, (10) beëindiging van de arbeidsovereenkomst of wijziging in de arbeidsomstandigheden van een aanmerkelijk aantal werknemers en (11) een voorstel tot vermindering van het geplaatst kapitaal.

Artikel 25 WOR omvat een andere reeks besluiten, waaronder (1) overdracht van de zeggenschap over de onderneming of een onderdeel daarvan, (2) het vestigen van een andere onderneming dan wel het overnemen of afstoten van de zeggenschap over een andere onderneming, alsmede het aangaan of verbreken van een duurzame samenwerking, (3) beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of een belangrijk onderdeel daarvan, (4) een belangrijke inkrimping of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming en (5) een belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming dan wel in de verdeling van de bevoegdheden van binnen de onderneming.

28. HR 13 juli 2007, ARO 2007/120, JOR 2007/178 m.nt. Nieuwe Weme en OK 24 november 2008, ARO 2008/188, JOR 2009/9 m.nt. Josephus Jitta. Zie over dit goedkeuringsrecht uitgebreid in rechtshistorisch en rechtsvergelijkend perspectief Klaassen 2007, p. 175 e.v.

HOOFDSTUK 2

De in de drie hiervoor genoemde opsommingen genoemde besluiten zijn niet aan elkaar gelijk, maar sommige vertonen overlap of betreffen rechtstreeks dezelfde besluitvormingsprocessen. Zo zal er voor het ontslag van een groot aantal werknemers wel goedkeuring van de raad van commissarissen nodig zijn en advies aan de ondernemingsraad moeten worden gevraagd, maar heeft de algemene vergadering geen zeggenschap. Een onderwerp dat in alle lijsten voorkomt is de duurzame samenwerking; voor het overige zijn de in die bepaling genoemde besluiten tamelijk verschillend van aard.²⁹ Voor dit onderzoek is het niet zinvol alle zojuist genoemde besluiten één voor één te behandelen. Dat is ook niet nodig, nu het strategisch beleid een breder spectrum omvat dan de strategische besluiten die daarvan deel uitmaken. De geringe mate van uitwerking van het strategisch beleid in wetgeving, jurisprudentie en literatuur noopt wel tot het maken van keuzes.

Die keuzes wil ik afzetten tegen het belang van de vennootschap, waar het strategisch beleid direct mee samenhangt. In het licht daarvan onderzoek ik het strategisch beleid als het geheel van algemene overwegingen, beleidsvoornemens, voorgenomen besluiten en besluiten dat tot doel heeft het belang van de vennootschap op de lange termijn te bevorderen. Ik doe dat voor de situatie waarin de vennootschap normaal haar economische functie kan vervullen en niet voor de situatie waarin haar financiële toestand zo slecht is dat insolventieprocedures of andere vormen van noodmaatregelen noodzakelijk zijn.³⁰ Optreden voorafgaand aan of in insolventiesituaties kan uiteraard wel een resultante zijn van onjuist strategisch beleid, maar vormt daarvan in mijn ogen geen onderdeel: het strategisch beleid zal over het algemeen gericht (moeten) zijn op de continuïteit van de vennootschap en de door haar gedreven onderneming. Waar het hier om gaat, is het proces dat het bestuur van de vennootschap (in eerste instantie) doorloopt om tot besluitvorming over de bevordering van het belang van de vennootschap te komen; vaak zal deze bevordering gelijkstaan aan groei, maar soms worden andere keuzes gemaakt, zoals het terugbrengen van de activiteiten van de onderneming naar wat als de kernactiviteit wordt beschouwd of het streven naar een grotere efficiency of operationele effectiviteit.

Bij het zoeken naar een juridische invulling van (deugdelijk) strategisch beleid kan worden gekeken naar het moment waarop de ondernemersvrijheid wordt begrensd door wet, statuten of jurisprudentie. Het uitgangspunt voor die

29. De wijze waarop de verschillende goedkeuringsprocedures over de organen van de vennootschap en de adviesprocedures van de ondernemingsraad kunnen worden vormgegeven, heb ik voor het voorgenomen besluit tot het aangaan van een duurzame samenwerking uitgewerkt in Holtzer 2004, p. 22.

30. Voor die situaties verwijs ik naar Roest 1996, p. 247 e.v. en Delfos-Roy 1997, p. 10.

begrenzing vormt de term ‘wanbeleid’ zoals die in artikel 2:355 e.v. BW voorkomt. Een wettelijke definitie³¹ van wanbeleid ontbreekt, maar over dit begrip is wel veel jurisprudentie en literatuur voorhanden. De centrale gedachte daarin is dat enerzijds de aard van de onjuiste gedraging(en) zodanig ernstig is dat gesproken kan worden van strijd met de algemene beginselen van verantwoord ondernemerschap,³² en anderzijds dat een zeker continuüm van onjuist beleid zichtbaar is,³³ in die zin dat incidentele beleidsfouten in beginsel niet als wanbeleid kunnen worden aangemerkt.³⁴

In mijn ogen bieden de in de jurisprudentie ontwikkelde criteria voor het begrip wanbeleid geen aanknopingspunten bij de invulling van het begrip strategisch beleid. Integendeel: vaak staat wanbeleid tegenover strategisch beleid, omdat wanbeleid over het algemeen als strijdig met het belang van de vennootschap kan worden aangemerkt. Dat neemt niet weg dat de twee begrippen nauw met elkaar verbonden zijn, omdat de uitoefening van rechten en bevoegdheden bij het voeren van strategisch beleid onder omstandigheden kan uitmonden in de kwalificatie dat sprake is van wanbeleid.³⁵

Ik refereer aan beleidsvoornemens, voorgenomen besluiten en concrete besluiten: begrippen die in het medezeggenschapsrecht gebruikelijk zijn en die tot doel hebben de scheidslijn te bepalen waarop het adviesrecht ingevolge artikel 25 WOR van kracht wordt.³⁶ Ik voeg daar nog een voorstadium aan toe, te weten ‘algemene overwegingen’ over de bevordering van het belang van de vennootschap. Het maken van beleid uit zich niet steeds in beleidsvoornemens. Aan de vorming van beleidsvoornemens gaat, zoals hierboven omschreven, een

-
31. De wetgever ging ervan uit dat de betekenis van dit begrip niet van het spraakgebruik zou afwijken. Bovendien diende de rechter in ieder afzonderlijk geval te beslissen of gemaakte beleidsfouten zo ernstig waren dat van wanbeleid kon worden gesproken (Kamerstukken II 1968-1969, 9596, nr. 6, p. 14). Zie ook Willems, die spreekt van “aan het leven van alledag ontleende begrippen”, welke door de rechter in een concreet geval moeten worden gevonden door vaststelling van dat wat in het maatschappelijk verkeer als betamelijk wordt beschouwd op basis van de in dat verkeer levende (rechts)opvattingen (Willems 2004, p. 437).
 32. HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 m.nt. Maeijer (Ogem) en HR 26 juni 2009, ARO 2009/307, JOR 2009/192, JOR 2009/193, m.nt. Van Mierlo (KPN QWest).
 33. In de woorden van Mok: “een zekere bestendigheid en volharding in het kwaad” (Mok 2004, p. 48).
 34. HR 21 februari 2003, NJ 2003, 181 m.nt. Maeijer, JOR 2003/58 m.nt. Brink (Viba).
 35. De Ondernemingskamer formuleert dit onder meer als volgt: “Ofschoon het niet aan de Ondernemingskamer is om te beslissen over een strategische kwestie die het ondernemingsbeleid betreft zoals in casu, kan de uitoefening van rechten en bevoegdheden in rechte worden getoetst.” (OK 8 april 2009, ARO 2009/61 en OK 26 augustus 2009, ARO 2009/131, Logispring)
 36. Van der Grinten 1982, p. 27 e.v., Duk 2000a, p. 61.

HOOFDSTUK 2

proces van (soms minder rationele) gedachtevorming vooraf, waarin macro-economische overwegingen, de marktomstandigheden, de strategische keuzes van de concurrent, de (organisatorische) stand van zaken binnen de groep, de financiële resultaten en vele andere factoren worden overdacht. Die gedachtevorming is mijns inziens onderdeel van het strategisch beleid (*“everything matters”* – aldus Porter).

5 Het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming

Bij de bepaling van een goed strategisch beleid staat het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming centraal. De ontwikkeling van het denken over dat belang is ingezet met het verschijnen van de arresten Doetinchemse IJzergieterij³⁷ en Forumbank.³⁸ Ik zal geen uitgebreide beschrijving geven van de inhoud van die arresten en de rechtstheoretische beschouwingen die tot de huidige opvattingen over het belang van de vennootschap en de onderneming hebben geleid; dat is al voldoende door anderen gedaan. Niettemin mag een beknopte omschrijving van deze ontwikkeling hier niet ontbreken. Het belang van de vennootschap vormt ook de kern van de zaak waar het gaat om de positiebepaling van de werknemers jegens het strategisch beleid van die vennootschap.

De leer van het belang van de vennootschap heeft zich ontwikkeld in de tweede helft van de vorige eeuw.³⁹ Aanvankelijk werd de naamloze vennootschap gezien als een verenigingsverband van aandeelhouders. Het bestuur en de raad van commissarissen namen een ondergeschikte positie in. Exemplarisch daarvoor is de opvatting van Van der Grinten⁴⁰ uit 1953, die het belang van de vennootschap duidde vanuit de gedachte van een samenwerkingsverband van vennoten tot het bereiken van stoffelijk voordeel: winst. Dat winststreven behoorde zijns inziens tot het wezen van de vennootschap en uit haar doel volgde dat haar belang onlosmakelijk verbonden was met het belang van haar aandeelhouders. De vennootschap had in zijn visie geen eigen belang, maar was de rechtens verpersoonlijkte band tussen haar leden. Het werkelijke belang van de vennootschap was het belang van de gezamenlijke leden.

Deze opvatting is gewijzigd in een algemeen aanvaard principe dat de vennootschap een eigen, zelfstandige identiteit heeft met een eigen belang. Traditioneel

37. HR 1 april 1949, NJ 1949, 465.

38. HR 21 januari 1955, NJ 1959, 43.

39. Zie voor een rechtshistorische beschrijving van de periode daarvoor Koelemeijer 1999, p. 5 e.v.

40. Van der Grinten 1953, p. 85.

worden op dit punt drie denkrichtingen onderscheiden. Twee daarvan kennen het vennootschappelijk belang als samenwerkingsverband een eigen plaats toe, zij het dat hun uitwerking verschillend is. Daarbinnen staan aan de ene kant degenen die het vennootschappelijk belang zien als de resultante van de afweging van de in aanmerking komende deelbelangen, en aan de andere kant degenen die menen dat het een eigen, van deelbelangen van anderen te onderscheiden belang betreft dat wordt bepaald door het doel van de vennootschap. Een derde denkrichting is dat het vennootschapsbelang geen zelfstandige betekenis toekomt, maar niets anders is dan het belang van de aandeelhouders. De eerste twee benaderingen worden wel aangeduid als het stakeholdersmodel; de derde is dan het aandeelhoudersmodel.⁴¹

De theorie van het vennootschappelijk belang vindt zijn grondslag in twee rechtsoverwegingen die de Hoge Raad in bovengenoemde arresten heeft geformuleerd. In de Doetinchemse IJzergieterij-zaak overwoog de Hoge Raad “dat evenwel commissarissen, rechten uitoefenende, die hun als orgaan der vennootschap zijn toegekend, zich hebben te richten naar het belang der vennootschap en dit moeten doen overwegen, indien dit naar hun oordeel in botsing komt met belangen van welken aandeelhouder ook.” Daarmee heeft de Hoge Raad tot uitdrukking gebracht dat het bestuur en de raad van commissarissen zich bij hun taakvervulling niet uitsluitend moeten laten leiden door het belang van de aandeelhouders. Dit eigen belang van de vennootschap jegens afzonderlijke deelbelangen van bij de vennootschap betrokkenen geldt naast het belang van “welken aandeelhouder ook”, waaronder dus ook de 100%-aandeelhouder valt.⁴² In de zaak-Forumbank overwoog de Hoge Raad “dat ook de algemene vergadering de bij de wet en statuten getrokken grenzen harer bevoegdheid niet mag overschrijden.”

Deze laatste overweging heeft Maeijer in zijn oratie van 1964 tot de conclusie gebracht dat de algemene vergadering van aandeelhouders niet langer als de hoogste macht in de vennootschap kon worden beschouwd.⁴³ Hij zette zich af tegen de onder meer in de dissertatie van Löwensteyn⁴⁴ verkondigde opvatting dat het belang van de vennootschap niets anders is dan het belang van alle aandeelhouders om winst te behalen. Volgens Maeijer kon niet langer worden ontkend dat het vennootschappelijk belang iets anders en meer is dan het belang van de gezamenlijke aandeelhouders. Hij definieerde het vennootschappelijk

41. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 394, geven terecht aan dat het hier archetypen betreft en dat in werkelijkheid de tegenstelling tussen die modellen minder scherp is.

42. Delfos-Roy 1997, p. 11.

43. Maeijer 1964, p. 2.

44. Löwensteyn 1959, p. 237 en 238.

HOOFDSTUK 2

belang als het belang dat de vennootschap heeft bij haar eigen gezonde bestaan, uitgroei en voortbestaan met het oog op het door haar te bereiken doel. Dat doel is uiteindelijk gericht op het behalen van winst, op de rentabiliteit van het bijeengebrachte kapitaal; de winst komt in beginsel toe aan de aandeelhouders. Aandeelhouders zijn bij het nastreven van eigen belangen volgens Maeijer aan beperkingen gebonden: dat brengt met zich mee dat de aandeelhouder bij het dienen van het eigen belang het belang van de vennootschap mede in het oog moet houden. Later heeft Maeijer die opvatting verfijnd en gesteld dat onder het begrip vennootschappelijk belang ook de continuïteit van de door de vennootschap gedreven onderneming valt.⁴⁵ Zo stelt hij de begrenzingen in het handelen van aandeelhouders enerzijds en bestuur en commissarissen anderzijds tegenover elkaar, en noemt hij daarbij specifiek de belangen van de werknemers: “Het nastreven door bestuur en commissarissen van het belang van de vennootschap vindt zijn grenzen in de aanwezigheid van andere belangensferen, zoals die van aandeelhouders en m.i. ook die van werknemers: hun belangen moeten mede in het oog worden gehouden en zo nodig na afweging tegen het vennootschappelijk belang worden ontzien.”

De door Maeijer verdedigde opvatting, door Mendel omschreven als de ‘holistische’ benadering,⁴⁶ wordt wel afgezet tegen de resultante-opvatting. Deze komt erop neer dat het vennootschappelijk belang wordt omschreven als de resultante van de afweging van belangen van hen die bij de vennootschappelijke werkzaamheden zijn betrokken. Deze opvatting wordt onder meer gehuldigd door Van Schilfgaarde.⁴⁷ In zijn ogen dient weliswaar het belang van de vennootschap als zodanig te worden onderscheiden van de deelbelangen van de verschillende groepen en individuen, maar: “Dit vennootschapsbelang kan niettemin weinig anders zijn dan de resultante van de in casu in aanmerking komende deelbelangen, waaronder die van de aandeelhouders en de werknemers, die op korte termijn naast die op lange termijn. Aandacht voor de lange termijn betekent dat de continuïteit van de onderneming als een apart te benoemen belang gewicht in de schaal legt. Al deze belangen zullen moeten worden afgewogen om in een concreet geval tot een aanvaardbare bepaling van het vennootschapsbelang te komen. Dat een bepaald belang prioriteit heeft valt op voorhand niet te zeggen.” Van Solinge en Nieuwe Weme⁴⁸ voegen daaraan toe dat in deze belangenafweging ook de belangen van het concern waarvan de vennootschap deel uitmaakt en het belang van de crediteuren in acht genomen moeten worden.

45. Maeijer 1982, p. 4 en Maeijer 1990, p. 465 e.v.

46. Mendel 1989, p. 10.

47. Van Schilfgaarde/Winter 2013, p. 28.

48. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 394.

Ik vraag mij af of de zogenoemde holistische opvatting en de resultante-opvatting nu werkelijk zo lijnrecht tegenover elkaar staan als door sommigen wel wordt gesuggereerd. Beide opvattingen gaan uit van een zelfstandig belang van de vennootschap, dat niet te zeer geïnstitutionaliseerd moet worden. Beide laten ook ruimte voor een afweging van de belangen van werknemers en andere bij de vennootschap betrokkenen. Bovendien hechten beide opvattingen waarde aan de continuïteit van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming als een belang dat gediend moet worden en waartegen het belang van aandeelhouders (of andere belanghebbenden) het soms moet afleggen. Men kan zich zelfs afvragen of deze theoretische discussie de materie werkelijk verduidelijkt, althans of de twee benaderingen niet met elkaar kunnen worden verenigd. Winter meent dat dit laatste mogelijk is wanneer men ziet dat de bij de vennootschap betrokken belanghebbenden in algemene zin belang hebben bij de verwezenlijking van het doel van de vennootschap. Met dit doel duidt hij niet op het statutaire doel, maar op datgene waartoe de vennootschap functioneert, haar eigenlijke doel. De vennootschap en de met haar verbonden onderneming vervullen functies voor aandeelhouders, werknemers, consumenten, leveranciers, afnemers, financiers, etc. Het eigenlijke doel van de vennootschap is volgens Winter tegemoet te komen aan de behoeften van deze belanghebbenden.⁴⁹

Ik signaleer wel een duidelijke tegenstelling tussen degenen die uitgaan van het belang van de vennootschap als zelfstandige identiteit en degenen die menen dat het belang van de vennootschap in wezen hetzelfde is als het belang van de aandeelhouders. Binnen die laatste opvatting bestaan gradaties. Een bijzondere benadering is die van Löwensteyn,⁵⁰ die niet alleen het belang van de vennootschap gelijkstelt met het belang van alle aandeelhouders om winst te behalen, maar ook meent dat het inherent aan de rechtspersoonlijkheid van de vennootschap is dat aandeelhouders als ‘derden’ en werknemers zelfs als ‘buitenstaanders’ jegens de vennootschap zijn gepositioneerd. De vennootschap wordt in die opvatting dus in zodanige mate geïnstitutionaliseerd dat aandeelhouders en werknemers daarbuiten vallen, zij het dat aan het belang van die aandeelhouders als derden een beslissend gewicht wordt toegekend. Löwensteyns opvatting is onder meer bekritiseerd door Van der Grinten,⁵¹ die terecht stelt dat deze kwalificaties voorbijgaan aan het samenwerkingskarakter dat de vennootschap kenmerkt. Zij gaan bovendien voorbij aan het zelfstandige

49. Winter 1992, p. 103. Ik zie in deze opvatting een parallel met de door Johnson, Scholes en Whittington gegeven omschrijving van het begrip strategisch beleid (zie onder 1 van dit hoofdstuk).

50. Löwensteyn 1959, p. 181.

51. Van der Grinten 1959, p. 512.

HOOFDSTUK 2

karakter van de rechtspersoon als draagster van eigen rechten en verplichtingen (zie hierna onder 6).

Een modernere variant van de aandeelhoudersbenadering valt te vinden bij Blanco Fernández die meent dat, omdat de naamloze en besloten vennootschap kapitaalassociaties zijn, als uitgangspunt moet gelden dat de wettelijk en statutair op correcte wijze tot stand gekomen wil van de meerderheid van het kapitaal bepalend is. Wanneer alle aandelen in één hand zijn, zal er in de regel parallelle bestaan tussen vennootschappelijk belang en aandeelhoudersbelang. Ook Blanco Fernández ziet beperkingen: “Bij zijn winststreven dient de aandeelhouder naar huidige rechtsopvattingen met name rekening te houden met de rechten van werknemers in dienst van de rechtspersoon. Het winststreven van de aandeelhouder vindt zijn grenzen daar waar de rechten van de werknemers onvoldoende in acht zijn genomen.”⁵²

Assink heeft een andere opvatting van het belang van de vennootschap bepleit, die hij de perspectivistische benadering noemt.⁵³ Hij maakt een indeling in drie perspectieven. De eerste heeft betrekking op het type vennootschap: werkmaatschappij (ondernemende vennootschap) of houdstervenootschap. De tweede indeling gaat uit van de ‘onderkant’ en de ‘bovenkant’ van de vennootschap. De onderkant heeft bij de ondernemende vennootschap betrekking op de onderneming en bij de houdstervenootschap op de deelnemingen. Het zal dan gaan om voortzetting, vervreemding of beëindiging van de onderneming respectievelijk om handhaving, uitbreiding of vervreemding van een of meer deelnemingen. De bovenkant betreft de positie van de aandeelhouder(s). De derde indeling gaat uit van de situatie waarin de vennootschap solvent is en waarin een faillissement onvermijdelijk is. Door deze indeling brengt hij flexibiliteit aan bij de beoordeling van het belang van de vennootschap en het bevorderen van waardecreatie in de verschillende situaties waarin dat belang een rol speelt.

Ik ben geen voorstander van de aandeelhoudersbenadering, omdat ik deze als te eenzijdig beschouw. Het uitgangspunt dat het belang van de vennootschap in wezen hetzelfde is als het aandeelhoudersbelang acht ik onjuist en niet te verenigen met de rechtspraak van de Hoge Raad en de Ondernemingskamer op dit punt (zie hierna onder 6, 7 en 8). Ik constateer dat ook de aanhangers van de aandeelhoudersbenadering erkennen dat aandeelhouders bij hun winststreven rekening moeten houden bij het belang van de werknemers. In die zin vertonen de beide benaderingen raakvlakken en zijn de tegenstellingen wellicht niet zo scherp als zij op het eerste gezicht lijken.

52. Blanco Fernández 1993, p. 49; zie ook zijn annotatie bij OK 17 januari 2007, JOR 2007/42 (Stork).

53. Assink 2010, p. 41 e.v.

Ik zal nu ingaan op de rol van de spelers vanuit de vennootschap die invloed op haar belang kunnen uitoefenen. In dit hoofdstuk behandel ik alleen de organen van de vennootschap. De invloed van werknemers en de wijze waarop die is ontstaan zal ik in hoofdstuk 3 bespreken.

6 De positie van het bestuur

Bij de afweging van het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming komt aan het bestuur de belangrijkste positie toe. Het bestuur is het orgaan dat primair het strategisch beleid van de vennootschap bepaalt. De raad van commissarissen dient erop toe te zien dat die afweging op de juiste wijze plaatsvindt en dient ook zelf het belang van de vennootschap als richtsnoer te nemen. Dit is verankerd in artikel 2:250 lid 2 BW, waarin is bepaald dat de commissarissen zich bij de vervulling van hun taak richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

Voor beursgenoteerde vennootschappen is dit beginsel verwoord in de Nederlandse Corporate Governance Code, principe II.1: “Het bestuur is belast met het besturen van de vennootschap, hetgeen onder meer inhoudt dat hij verantwoordelijk is voor de realisatie van de doelstellingen van de vennootschap, de strategie en het beleid en de daaruit voortvloeiende resultatenontwikkeling. Het bestuur legt hierover verantwoording af aan de raad van commissarissen en aan de algemene vergadering van aandeelhouders. Het bestuur richt zich bij de vervulling van zijn taak naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en weegt daartoe de in aanmerking komende belangen van bij de vennootschap betrokkenen af (...).” Zie ook de daarmee corresponderende bepaling van principe III.1: “De raad van commissarissen heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en staat het bestuur met raad terzijde. De raad van commissarissen richt zich bij de vervulling van zijn taak naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en weegt daartoe de in aanmerking komende belangen van bij de vennootschap betrokkenen af (...).”

In die principes is (de noodzaak tot) het zoeken naar een evenwicht in de belangen van de bij de vennootschap betrokkenen, inclusief de werknemers, bevestigd. De werknemers worden met name genoemd in preambule 3, waar onder de belanghebbenden bij de vennootschap genoemd worden “werknemers, aandeelhouders en andere kapitaalverschaffers, toeleveranciers, afnemers maar

HOOFDSTUK 2

ook de overheid en maatschappelijke groeperingen”.⁵⁴ Het belang van continuïteit van de aan de beursvennootschap verbonden onderneming is een plaats gegeven in preambule 7 en 8 van de code, waarin is bepaald dat de afweging van alle betrokken belangen door het bestuur en de raad van commissarissen doorgaans gericht is op de continuïteit van de onderneming. De Nederlandse Corporate Governance Code werkt de bestuursverantwoordelijkheid voor de bepaling van het strategisch beleid uit in best-practicebepaling II.1.2, volgens welke het bestuur ter goedkeuring aan de raad van commissarissen moet voorleggen: (a) de operationele en financiële doelstellingen van de vennootschap, (b) de strategie die moet leiden tot het realiseren van de doelstellingen en (c) de randvoorwaarden die bij de strategie worden gehanteerd, bijvoorbeeld voor de financiële ratio's.

Ook voor de niet-beursgenoteerde vennootschap mag worden aangenomen dat de bepaling van het strategisch beleid is voorbehouden aan het bestuur. Onder het bestuur valt niet alleen de dagelijkse leiding, maar ook het voorbereiden, vaststellen en uitvoeren van het ondernemingsbeleid.⁵⁵ Dit beleid strekt zich uit tot de onderneming die met de vennootschap verbonden is. Het bestuur mag tot zijn taken rekenen: het beheer van het vermogen van de vennootschap, het vertegenwoordigen ervan, het uitvoeren van besluiten van andere organen, het samenwerken met en deelnemen in andere rechtspersonen, investeringen en benoeming en ontslag van werknemers. Voorts hoort het vaststellen van het risicoprofiel van de onderneming bij de door het bestuur te bepalen strategie.⁵⁶

In de meeste gevallen kan de uitvoering van de taak van de bestuurder niet los worden gezien van de concernverhoudingen waarbinnen de vennootschap opereert. De norm van het belang van de vennootschap geldt nadrukkelijk ook voor dochtervennootschappen in een concern.⁵⁷ Men komt dan als vanzelf op de veelbesproken vraag of het bestuur van de dochtervennootschap gehouden is instructies van de moedervennootschap op te volgen. In het eerdergenoemde Forumbank-arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat dit in beginsel niet het geval is en dat het bestuur van de vennootschap zelfstandig en zonder verplichting tot het opvolgen van opdrachten van de algemene vergadering zijn taak kan uitoefenen.

54. Opvallend is dat de werknemers in deze opsomming genoemd worden vóór de aandeelhouders.

55. Van Leeuwen 1990, p. 6, Koelemeijer 1999, p. 203, Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 390.

56. Strik 2009, p. 232.

57. Winter 1992, p. 105.

Dat is het juridische uitgangspunt; de werkelijkheid ligt soms complexer. Deze complexiteit hangt enerzijds samen met de spanning tussen de gerechtigdheid van de topholding tot de bepaling van het concernbeleid en de noodzaak van het bestuur om tot zelfstandige afweging van de belangen van de dochtervennootschap te komen, en anderzijds met de (arbeids- en vennootschapsrechtelijke) machtsverhoudingen die tussen moeder- en dochtervennootschap kunnen bestaan.⁵⁸ Veel van de concernrechtelijke vragen op dit terrein zijn tot ontwikkeling gekomen in het medezeggenschapsrecht. De kernoverweging uit de rechtspraak op dat vlak luidt dat een moedervennootschap richtlijnen en aanwijzingen kan geven aan haar dochter, die zich door afhankelijkheid moeilijk daaraan kan onttrekken, maar dat de dochter haar eigen rechten en plichten als rechtspersoon behoudt.⁵⁹ Het enkele feit dat de leiding van een concern tot een bepaald strategisch besluit is gekomen, brengt niet met zich mee dat het op ondernemingsniveau uitvoeren daarvan per definitie als redelijk handelen van de ondernemer beschouwd moet worden. Cruciaal is of de ondernemer de betrokken belangen op redelijke wijze heeft afgewogen, waarbij de concernstrategie wel gewicht in de schaal legt, maar niet zonder meer doorslaggevend is.⁶⁰ Op deze jurisprudentie kom ik later terug.

Het bestuur is zelfstandig bevoegd bij het uitoefenen van de taken en bevoegdheden die door de wet en de statuten zijn toegekend. In de statuten van de naamloze vennootschap kan worden bepaald dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een vennootschapsorgaan betreffende de algemene lijnen van het te voeren beleid op nader in de statuten aangegeven terreinen (art. 2:129 lid 4 BW). De statuten van de besloten vennootschap kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap. Het bestuur is gehouden de aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (artikel 2:239 lid 4 BW).

Er zijn verschillende opvattingen over de vraag of in het Nederlandse vennootschapsrecht de moedervennootschap van een concern in zijn algemeenheid gerechtigd is de dochtervennootschappen bindende aanwijzingen aangaande hun besturing te geven. Hierbinnen kunnen drie categorieën worden onderscheiden: (1) dergelijke instructies zijn in strijd met de wet; (2) dergelijke

58. Timmerman 1988, p. 64, Timmerman 2001, Van den Ingh 2002, Van der Korst 2002, Lennarts 2005, Van Duuren 2006, p. 12, Van den Ingh 2006, Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 413, Bartman/Dorresteyn 2013, p. 84, Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman 2013, p. 159.

59. OK 23 juni 1983, NJ 1984, 571 (Hyster) en OK 29 augustus 1985, NJ 1986, 57 (Howson-Algraphy).

60. OK 7 juni 1988, NJ 1989, 845 m.nt. Maeijer, OK 10 maart 1994, JAR 1994/74 (Nering Bögel) en OK 23 oktober 1997, JAR 1997/244 (Nedlin).

HOOFDSTUK 2

instructies zijn geoorloofd; (3) dergelijke instructies zijn geoorloofd indien aan zekere voorwaarden wordt voldaan.⁶¹ De eerste opvatting is verkondigd in de dissertatie van Löwensteyn,⁶² die zich beriep op de dualistische structuur die gegrond is in het wezen van de rechtspersoonlijkheid, op de eisen van het rechtsverkeer en op het Forumbank-arrest. Met name betoogde hij dat de wet nergens bepaalt dat de algemene vergadering het bestuur opdrachten kan geven over het uitoefenen van aan het bestuur toegekende bevoegdheden, en dat ook in de statuten niet bepaald zou kunnen worden dat de algemene vergadering het bestuur dergelijke opdrachten zou kunnen geven. Deze opvatting is inmiddels achterhaald.

De tweede opvatting is onder meer naar voren gebracht door Uniken Venema.⁶³ In zijn visie heeft de Forumbank-leer voor 100%-dochtermaatschappijen in de praktijk vrijwel geen betekenis. Het bestuur van een dergelijke dochtermaatschappij is over het algemeen wel degelijk afhankelijk en dat is zijns inziens terecht. Het feit dat aan de maatschappij weinig of geen zelfstandige belangen zijn verbonden, brengt in zijn visie met zich mee dat er geen redenen zijn om aan het bestuur een bijzondere graad van zelfstandigheid toe te kennen op grond van vennootschapsrechtelijke overwegingen. Wat de meerderheids- en minderheidsdeelnemingen betreft bevindt de ondernemingsleiding zich naar zijn mening in een andere positie. In deze gevallen zijn aan de betrokken concernmaatschappijen wel degelijk zelfstandige belangen van derden verbonden, waarvoor het bestuur van die concernmaatschappij dient op te komen. Zelfs indien de moedermaatschappij de concernmaatschappij kan controleren, dient zij met de belangen van deze derde rekening te houden.

De meeste auteurs hangen de meer genuanceerde opvatting uit de derde categorie aan. Daarbij wordt er vaak op gewezen dat tegenover de bestuursautonomie die het bestuur van de dochter toekomt de bevoegdheid van de concernleiding staat om het strategisch beleid van de groep vorm te geven. Die bevoegdheid slaat onder omstandigheden om in een plicht, daar waar onvoldoende is ingegrepen en de vraag naar aansprakelijkheid opkomt.⁶⁴ De dochtervennootschap kan op verschillende manieren verweven zijn met andere in het concern opererende ondernemingen: organisatorisch, financieel of economisch.⁶⁵ Die verwevenheid zorgt voor een zekere mate van afhankelijkheid van het geheel aan vennootschappen dat deel uitmaakt van het concern. De

61. Van Solinge 1984, p. 255.

62. Löwensteyn 1959, p. 57.

63. Uniken Venema 1969, p. 265.

64. HR 21 december 2001, JOR 2002/38 m.nt. Bartman (SOBI/Hurks).

65. Winter 1992, p. 106.

vorm en mate waarin die verwevenheid plaatsvindt, verschilt van concern tot concern: terecht wordt door velen opgemerkt dat hét concern niet bestaat.⁶⁶

In de jurisprudentie blijft het belang van de dochtervennootschap als draagster van eigen rechten en verplichtingen vooropstaan. Daardoor is het niet zonder meer een gegeven dat het bestuur ervan machteloos staat tegenover de bestuursmacht die de moeder (al dan niet langs arbeidsrechtelijke weg⁶⁷) kan uitoefenen. Onder omstandigheden staan ook het bestuur van de dochter middelen ten dienste om zich te verweren tegen beleidsbeslissingen van de moeder die het belang van de dochtervennootschap te zeer benadelen, waarbij de redelijkheid en billijkheid het draaipunt vormen.

Over de bevoegdheidsverdeling bij het bepalen van de strategie heeft de Hoge Raad in de ABN AMRO-uitspraak⁶⁸ geoordeeld “(i) dat het bepalen van de strategie van een vennootschap en de daaraan verbonden onderneming in beginsel een aangelegenheid is van het bestuur van de vennootschap, (ii) dat de raad van commissarissen daarop toezicht houdt en (iii) dat de algemene vergadering van aandeelhouders haar opvattingen terzake tot uitdrukking kan brengen door uitoefening van de haar in wet en statuten toegekende rechten. In het algemeen betekent dit laatste dat het bestuur van een vennootschap aan de algemene vergadering van aandeelhouders verantwoording heeft af te leggen van zijn beleid maar dat het, behoudens afwijkende wettelijke of statutaire regelingen, niet verplicht is de algemene vergadering vooraf in zijn besluitvorming te betrekken als het gaat om handelingen waartoe het bestuur bevoegd is.”

7 De invloed van commissarissen en niet-uitvoerende bestuurders op de strategie

Uit de wettelijke taakomschrijving van de raad van commissarissen volgt dat deze zich in hoofdzaak op twee bezigheden moet richten: (1) het toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en (2) het met raad ter zijde staan van het bestuur (artikel 2:250 lid 2 BW). Die omschrijving doet op het eerste gezicht vermoeden dat de raad van commissarissen geen, althans weinig directe, invloed kan uitoefenen op het strategisch beleid: hij komt slechts in beeld wanneer op dat beleid toezicht moet worden uitgeoefend en de besluitvorming dus reeds in verregaande mate is voorbereid. Aan het wettelijke systeem ligt een scheiding tussen beleidsbepaling en beleidscontrole ten

66. Timmerman 1988, p. 18, p. 54 e.v., Bartman/Dorresteyn 2013, p. 1.

67. De Bock 2002, Verburg 2008, p. 6.

68. HR 13 juli 2007, JOR 2007/178 m.nt. Nieuwe Weme.

HOOFDSTUK 2

grondslag: beleidsbepaling behoort tot de competentie van het bestuur, terwijl de raad van commissarissen niet het initiatief neemt maar een controlerende taak heeft.⁶⁹ Deze opvatting is nu de heersende leer, zoals bevestigd door de Hoge Raad in de ABN AMRO-beschikking.

Dat neemt niet weg dat er een ontwikkeling zichtbaar is waarin de raad van commissarissen zich dichterbij de bepaling van het strategisch beleid beweegt. Die ontwikkeling lijkt met name zichtbaar bij beursgenoteerde vennootschappen, waar de raad van commissarissen nu in steeds verdergaande mate wordt betrokken bij de totstandkoming van de strategie.⁷⁰ Zo ontstaat een spanning tussen enerzijds de afstand en onafhankelijkheid waarmee de raad van commissarissen het bestuur dient te bezien en anderzijds de toegenomen druk op commissarissen om diepgaande kennis te bezitten van de strategische uitdagingen waarvoor de onderneming geplaagd is, teneinde het toezicht op geïnformeerde en krachtige basis vorm te kunnen geven.

De verhouding van de raad van commissarissen tot de strategie wordt mede bepaald door de structuur van de vennootschap en de aard en omvang van de met haar verbonden onderneming. Die rol verschilt sterk: hij is afhankelijk van de vraag of de vennootschap beursgenoteerd is, of het gaat om een structuurvennootschap dan wel het gewone regime, of bij de vennootschap een one-tierbestuursmodel is geïmplementeerd en of het gaat om een grote of kleine vennootschap, waarbij geldt dat bij de meeste kleine en middelgrote vennootschappen in het geheel geen raad van commissarissen zal zijn ingesteld.⁷¹

Het spanningsveld tussen betrokkenheid van commissarissen bij de strategie en de voor de uitoefening van het toezicht noodzakelijke afstand is vaak goed voelbaar in overnamesituaties.⁷² In de praktijk kan het dan voorkomen dat de raad van commissarissen het voortouw neemt in het overleg met de relevante partijen, onder – al dan niet tijdelijke – terzijdestelling van het bestuur. Dat de raad in die situaties de grenzen kan opzoeken en soms overschrijdt, blijkt onder meer uit de uitspraak van de Ondernemingskamer in de zaak rond de Stichting Kinderopvang Nederland.⁷³ In die zaak was sprake van een mogelijke fusie van twee organisaties in de kinderopvang. Naast overleg tussen besturen en commissarissen van beide organisaties, voerde de raad van commissarissen

69. Blanco Fernández 1999, p. 6.

70. Schuit 2010, p. 29.

71. Bij beursgenoteerde vennootschappen ziet Schuit eveneens verschillen naargelang het gaat om een AEX-, midcap- of smallcap-notering (Schuit 2010, p. 37).

72. Ik verwijs naar de dissertatie van Kemperink voor een uiteenzetting over de rol van de raad van commissarissen bij openbare biedingen (Kemperink 2013).

73. OK 1 maart 2005, JOR 2005/87 m.nt. Josephus Jitta. Zie over deze zaak Van het Kaar 2005b, Willems 2005, Holtzer 2006, Witteveen 2008a, Sprengers 2009 en Zaal 2009.

van de Stichting Kinderopvang Nederland apart overleg zonder medeweten van het bestuur. In dat overleg kwamen de raden van commissarissen van de twee organisaties tot overeenstemming over onder meer de omvang en de samenstelling van het bestuur, de tijdelijke fusienaam en de vestigingsplaats van de gefuseerde onderneming. Volgend op dit akkoord heeft het bestuur zijn vertrouwen in de raad van commissarissen opgezegd. De Ondernemingskamer overwoog – na een overigens door de ondernemingsraad ingediend enquête-verzoek – dat er gegronde redenen waren om aan een juist beleid te twijfelen, nu er tussen het bestuur en de raad van commissarissen een vertrouwensbreuk was ontstaan die de onderneming aanzienlijke schade zou kunnen toebrengen. Voorts werd de raad van commissarissen verweten dat hij de fusieafpraak had gemaakt.

Met dit voorbeeld wil ik niet ontkennen dat het onder omstandigheden verstandig kan zijn dat de raad van commissarissen handelingen verricht of besprekingen voert buiten de aanwezigheid van het bestuur. In conflictsituaties met aandeelhouders heeft die gedachte geleid tot de vraag of op de raad de verplichting rust om te bemiddelen. In de Stork-zaak nam de Ondernemingskamer aan dat aan de raad van commissarissen in geschillen tussen aandeelhouders en bestuur een bijzondere en met name bemiddelende rol is toebedacht.⁷⁴

Een vergelijkbare verplichting werd door de Ondernemingskamer aangenomen in de zaak-ASMI.⁷⁵ In de cassatieprocedure die tegen die beschikking is ingesteld, heeft advocaat-generaal Timmerman een ander standpunt ingenomen. In zijn ogen zou een dergelijke bemiddelingsplicht tekortdoen aan de beleidsvrijheid van de raad van commissarissen bij de uitoefening van zijn taak. Op zichzelf spreekt het voor zich dat geschillen tussen aandeelhouders en het bestuur zo spoedig mogelijk worden opgelost en de raad van commissarissen daarbij een rol speelt die verder zou moeten gaan dan toezicht houden op het bestuur, maar dat brengt in zijn ogen niet met zich mee dat de raad van commissarissen ervoor moet zorgen dat een oplossing wordt bereikt. Daarnaast acht Timmerman een verzwaring van de taken van de raad van commissarissen ongewenst wegens de introductie van het one-tierbestuur in het Nederlands vennootschapsrecht. De niet-uitvoerende bestuurders besluiten mee over de strategie van de vennootschap, terwijl de raad van commissarissen bij de strategie slechts een toezichthoudende taak heeft. Gezien het verschil in positie tussen de commissaris en de niet-uitvoerende bestuurder acht hij het aannemen van een bemiddelingsplicht onwenselijk.⁷⁶

74. OK 17 januari 2007, JOR 2007/42 m.nt. Blanco Fernández (r.o. 3.4).

75. OK 5 augustus 2009, JOR 2009/254 m.nt. Hermans (r.o. 3.11).

76. Conclusie advocaat-generaal Timmerman van 13 april 2010, ARO 2010/111.

HOOFDSTUK 2

De Hoge Raad heeft de conclusie van de advocaat-generaal grotendeels gevolgd.⁷⁷ In aansluiting op de ABN AMRO-doctrine oordeelde hij dat het bestuur van de vennootschap bij de vervulling van zijn taak het belang van de vennootschap voorop moet stellen en de belangen van alle betrokkenen, waaronder die van de aandeelhouders, bij zijn besluitvorming in aanmerking moet nemen. De door de vennootschap te volgen strategie is in beginsel een aangelegenheid van het bestuur en het is aan het bestuur, onder toezicht van de raad van commissarissen, om te beoordelen of het wenselijk is daarover in overleg te treden met aandeelhouders. Het oordeel van de Ondernemingskamer was ontoereikend gemotiveerd, mede omdat niet uiteengezet was op grond waarvan de inhoud van de door het bestuur gevolgde strategie, die werd ondersteund door de raad van commissarissen en een meerderheid van de algemene vergadering, aanleiding gaf tot twijfel aan een juist beleid.⁷⁸ De Hoge Raad wees voorts een bemiddelingsplicht voor de raad van commissarissen af. De raad van commissarissen kan door aandeelhouders wel worden benaderd met verzoeken om bemiddeling en zal dan adequaat moeten handelen. Een verplichting tot actieve bemiddeling zou daarentegen op gespannen voet komen te staan met de beleidsvrijheid van de raad van commissarissen bij de uitoefening van zijn taak.

Uit hetgeen ik hierboven heb beschreven blijkt dat niet alleen de structuur van de vennootschap en de omvang van de onderneming, maar ook de aard van de functie van de toezichthouder van belang kan zijn voor zijn relatie tot de bepaling van de strategie. In het one-tierbestuur zijn niet-uitvoerende bestuurders in beginsel op dezelfde voet als uitvoerende bestuurders verantwoordelijk en aansprakelijk.⁷⁹ Dit betekent dat niet-uitvoerende bestuurders op dezelfde voet als uitvoerende bestuurders verantwoordelijk zijn voor het ontwikkelen van de strategie van de vennootschap. De raad van commissarissen houdt daarentegen – de hierboven weergegeven nuancerings daargelaten – slechts toezicht op het formuleren en uitvoeren van die strategie.

Dat onderscheid wordt wellicht nog verscherpt wanneer op de vennootschap het (volledige) structuurregime van toepassing is. In het ‘traditionele’ model van de

77. HR 9 juli 2010, JOR 2010/228 m.nt. Van Ginneken. Na verwijzing oordeelde de Ondernemingskamer dat er gronden waren om aan een juist beleid van ASMI te twijfelen, maar deze niet het opleggen van voorzieningen rechtvaardigden (OK 14 april 2011, ARO 2011/71).

78. Annotator Storm leidt uit deze overweging af dat de Hoge Raad hier van de Ondernemingskamer een inhoudelijke beoordeling van de strategie verlangt met het oog op haar oordeel over de vraag of die aanleiding geeft voor twijfel aan een juist beleid, en schat dat dit zal leiden tot economische debatten in de rechtszaal (P.M. Storm, Ondernemingsrecht 2010, 105).

79. Den Boogert 2005, Timmerman 2009b, Wezeman 2009b, Strik 2010, p. 105.

structuurregeling is de positie van de raad van commissarissen bij de bepaling van de strategie al sterker dan wanneer de raad is ingesteld bij een vennootschap die onder het gewone regime valt. De raad van commissarissen van de structuurvennootschap beschikt over de bevoegdheid het bestuur te ontslaan en heeft aldus de *power to control*. De beperking in die bevoegdheid is dat deze dient plaats te vinden in de uitoefening van de toezichthoudende taak van de raad van commissarissen. Voor de niet-uitvoerende bestuurders van een one-tierstructuurvennootschap ligt dat anders.

Bij niet-structuurvennootschappen is de vraag naar de mogelijkheid het bestuur te instrueren al complex; bij de structuurvennootschap is die situatie nog diffuser. De statuten kunnen bepalen dat de raad van commissarissen het bestuur instructies geeft over de algemene lijnen van het te voeren beleid (artikel 2:129 lid 4 BW). De vraag kan worden gesteld of deze regeling zo ver strekt dat het bestuur gehouden is aanwijzingen van de raad van commissarissen over de strategie op te volgen en, zo ja, hoe die verplichting zich dan verhoudt tot de toezichthoudende taak van dat laatste orgaan. Ik zou menen dat die toezichthoudende taak van de raad van commissarissen vaak op gespannen voet staat met het geven van instructies aan het bestuur over strategisch beleid. Wanneer de statuten geen regeling bevatten, zullen commissarissen die willen ingrijpen formeel geen mogelijkheden hebben en rest hun de ontslagbevoegdheid. In het one-tierbestuur hebben de niet-uitvoerende bestuurders direct en veel eenvoudiger invloed op de besluitvorming in het bestuur en die invloed is sterker naarmate hun relatieve getal groter is. Gecombineerd met de bevoegdheid om de uitvoerende bestuurders te ontslaan, levert dat een potentieel krachtige positie op voor de niet-uitvoerende bestuurder van de structuurvennootschap bij de bepaling van het strategisch beleid.⁸⁰

De gedelegeerde commissaris is eveneens een toezichthouder die een grote invloed kan hebben op de bepaling van het strategisch beleid. Deze commissaris vervult soms een complexe rol, waarbij de hem toegekende bevoegdheden bepalend zijn voor zijn rechtspositie. Hij blijft lid van de raad van commissarissen en heeft als zodanig een toezichthoudende taak.⁸¹ Bij ontstentenis van het bestuur bestaat de mogelijkheid dat de gedelegeerde commissaris bevoegdheden uitoefent die inherent zijn aan het bestuur, waaronder de bevoegdheid om de vennootschap te vertegenwoordigen.⁸² Zo kan het in de praktijk voorkomen dat de commissaris zelf de onderhandelingen leidt over de totstandkoming van een verkoop van de onderneming.⁸³

80. Dumoulin 2005, Holtzer 2009a, p. 56.

81. Blanco Fernández 1993, p. 151.

82. Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 501.

83. OK 18 januari 2006, JOR 2006/46 m.nt. Brink (Laurus).

HOOFDSTUK 2

Geldt hetgeen hierboven is overwogen ook voor commissarissen die op voordracht of (versterkte) aanbeveling in de raad van commissarissen zijn benoemd? In de literatuur lijkt er overeenstemming over te bestaan dat een dergelijke commissaris binnen de raad van commissarissen geen bijzondere positie inneemt. Voor een door de Staat benoemde commissaris geldt dat deze zich moet richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en niet steeds één belang de doorslag kan laten geven.⁸⁴ Hetzelfde geldt voor door de ondernemingsraad versterkt aanbevolen commissarissen in de raad van commissarissen van de structuurvennootschap. Deze functionarissen zijn geen vertegenwoordigers van het werknemersbelang, maar oefenen collegiaal en met het oog op het belang van de vennootschap hun toezichhoudende en adviserende taak uit. De in de praktijk wel gehanteerde term ‘ondernemingsraadcommissaris’ of ‘vertrouwenscommissaris’ is onjuist.⁸⁵

Dat betekent dat commissarissen onder omstandigheden een sterke mate van invloed kunnen uitoefenen op het strategisch beleid van de vennootschap, niet alleen als gevolg van de hun toegekende wettelijke of statutaire goedkeuringsrechten over strategische besluiten, maar ook als gevolg van de bijzondere positie die commissarissen of – in versterkte mate – niet-uitvoerende bestuurders ten opzichte van het bestuur kunnen innemen.

8 De invloed van aandeelhouders op de strategie

In 2002 voorspelde Wakkie dat conflicten over strategie zich na de HBG-zaak in de toekomst veel vaker zouden voordoen. Die conflicten zouden ontstaan vanuit het gegeven dat aandeelhouders vaak niet geïnteresseerd zijn in de langetermijnstrategie van de onderneming, maar met name kijken naar het kortetermijnrendement, waarbij niet zelden de splitsing van de samenstellende onderdelen van de vennootschap meer zou opleveren dan het bijeenhouden ervan, althans voor de aandeelhouders.⁸⁶ De praktijk heeft hem niet teleurgesteld. In de daaropvolgende periode heeft zich (inderdaad) een groot aantal conflicten over de strategie van beursvennootschappen voorgedaan, waarbij vaak splitsing van bedrijfsonderdelen onderwerp van het geschil was.

In een publicatie uit 2009 waarschuwde Boot voor de benadering in de financiële markten die sterk is gericht op maximalisatie van aandeelhouderswaarde en wat hij het ‘corporate-finance-denken’ noemt. De corporate-finance-benadering heeft

84. Kroeze 2005, Vletter-van Dort 2009, p. 140, Bartman 2009 en Den Boogert 2010.

85. Van het Kaar 1995, p. 9, onderscheidt de vertrouwenscommissaris van de ‘gewone’ commissaris.

86. Wakkie 2002, p. 91.

een aantal sterke punten, en sturen op waardecreatie is in principe goed. De combinatie van sturen op aandelenkoersen en het bestaan van informatiefrikties kan wel tot verstoringen leiden, doordat het spel van signalen afgeven en manipulatie overheerst. Een andere zorg die verbonden is aan het corporate-finance-perspectief is dat door het kapitaal te verminderen onmiddellijk gewin zichtbaar is en dit relatief makkelijk te kwantificeren zal zijn. De consequenties van dergelijke kapitaalverminderingen op de lange termijn zijn echter veel moeilijker in kaart te brengen, en hierdoor dreigt een oriëntatie die te veel op de korte termijn gericht is. Het corporate-finance-perspectief dwingt ook transparantie af. Dat heeft positieve aspecten, maar de keerzijde is dat de transparantie zo ver kan gaan dat ondernemingen in wezen intern worden opgesplitst in afzonderlijk afrekenbare onderdelen. Door deze ontwikkelingen ondervindt het bestuur moeilijkheden bij het bepalen van de strategische koers en worden ondernemingen minder duurzaam als samenwerkingsverband.⁸⁷

Een situatie die inmiddels klassiek genoemd kan worden is die waarin de beursvennootschap aanvankelijk ‘in play’ wordt gebracht door klachten van aandeelhouders over onder meer de invulling van het strategie en de corporate governance van de vennootschap, de aandeelhouders vervolgens aandringen op agendering van de strategie en de positie van het bestuur of de raad van commissarissen in een (buitengewone) aandeelhoudersvergadering, waarna een poging tot ontslag van (leden van) een van die organen wordt ondernomen.⁸⁸ Waar aanwezig neemt een stichting ter bescherming van de onafhankelijkheid van de vennootschap preferente aandelen en ontstaat een impasse, waardoor het geschil bij de Ondernemingskamer terechtkomt (zie bijvoorbeeld Stork en AMSI). Langs de band van het enquêterecht wordt vervolgens aangestuurd op het verkrijgen dan wel tegenhouden van onmiddellijke voorzieningen, die van groter belang lijken dan het verrichten van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de vennootschap.

De basis voor de beoordeling van die geschillen heeft de Ondernemingskamer gelegd bij artikel 2:8 BW. Daarbij is van belang dat deze norm ook van toepassing is op aandeelhouders die een betekenisvol belang in de vennootschap hebben opgebouwd en die een dialoog met de vennootschap wensen aan te gaan over het te voeren beleid en daarbij gebruik wensen te maken van aan hen toekomende rechten.⁸⁹ Uit maatstaven van redelijkheid en billijkheid vloeit voort dat aandeelhouders bereid moeten zijn om die dialoog met de vennootschap en medeaandeelhouders aan te gaan.⁹⁰ Willems wijst er voorts op dat, met name bij

87. Boot 2009, p. 43.

88. Zie Strik 2007, De Jongh 2007, Wakkie 2010.

89. Van der Staay 2007, p. 243.

90. Tweede principe onder IV.4 Nederlandse Corporate Governance Code.

HOOFDSTUK 2

beursvennootschappen, het algemeenbelangkarakter van de enquêteprocedure relevant is: met het door de Ondernemingskamer te beoordelen beleid van de vennootschap zijn verschillende belangen gemoeid: niet alleen van de verzoekers, van de vennootschap en van de in het geding verschenen belanghebbenden, maar ook van anderen zoals de – overige – aandeelhouders en certificaathouders en het belegend publiek in het algemeen, van haar werknemers, haar leveranciers en haar schuldeisers.⁹¹ Het enquêterecht kan dus beslist niet uitsluitend worden gezien als een instrument ter verwezenlijking van aandeelhoudersrechten.

In hoofdstuk 1 beschreef ik dat, na de ontwikkeling die heeft geleid tot toename van aandeelhoudersrechten, nu een beweging zichtbaar is die duidt op een zekere terugslag in de richting van het belang van de vennootschap en de beleidsvrijheid van bestuur en raad van commissarissen. Wat de strategie betreft heeft advocaat-generaal Timmerman deze positie in zijn conclusie in de AMSI-zaak als volgt omschreven: “Bestuur en RvC zijn gehouden om de opvattingen van aandeelhouders, in het bijzonder indien deze een meerderheid van het kapitaal vertegenwoordigen, serieus te nemen bij het vaststellen of (her)overwegen van de strategie. Bestuur en RvC zijn aan dergelijke meningsuitingen niet gebonden, nu zij zich bij de uitoefening van hun taken moeten richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Deze verplichting zich te richten naar het vennootschappelijk belang vereist een aanzienlijke mate van beleidsvrijheid voor bestuurders en commissarissen.”⁹² Zo bezien lijkt de gedachte dat de macht van de aandeelhouder in het Nederlandse recht te groot zou zijn geworden voor relativering vatbaar.

Een verdere relativering volgt uit een analyse van Willems van de jurisprudentie van de Ondernemingskamer van zaken waarin aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen hebben geprobeerd rechten uit te oefenen die hun ingevolge de wet en het stakeholdersmodel toekomen.⁹³ Willems bespreekt de zaken Breevast, Gucci, RNA, Corus, Stork, ABN AMRO en ASMI⁹⁴ en concludeert dat de aandeelhouders in al deze behandelde zaken uiteindelijk aan het kortste eind trokken en juist niet de hun in dat model toegedachte en toegekende rechten konden of mochten uitoefenen, en er evenmin in zijn

91. Willems 2004, p. 434, verwijzend naar OK 26 juni 2002, JOR 2002/189 m.nt. Brink (Laurus).

92. Conclusie advocaat-generaal Timmerman van 13 april 2010, JOR 2010/228 (alinea 3.4.14).

93. Willems 2010a, p. 174.

94. OK 11 maart 1999, JOR 1999/89 (Breevast); HR 27 september 2000, JOR 2000/ 217 m.nt. Brink (Gucci); HR 18 april 2003, JOR 2003/110 m.nt. Blanco Fernández (RNA); OK 13 maart 2003, JOR 2003/85 m.nt. Van den Ingh; OK 17 januari 2007, JOR 2007/42 m.nt. Blanco Fernández (Stork); HR 13 juli 2007, JOR 2007/178 m.nt. Nieuwe Weme (ABN AMRO); OK 20 mei 2008, JOR 2008/158, 13 mei 2009, JOR 2009/163 m.nt. Hermans en 5 augustus 2009, JOR 2009/154 m.nt. Hermans (ASMI).

geslaagd recht te verkrijgen op posities die zij nog niet hadden met een beroep op gewijzigde inzichten of moderne opvattingen over corporate governance. Die analyse lijkt de conclusie te rechtvaardigen dat ook naar huidig recht niet gezegd kan worden dat de aandeelhouders de hoogste macht in de vennootschap zijn. Evenmin kunnen de aandeelhouders zonder meer worden beschouwd als de eigenaren van de met de vennootschap verbonden onderneming.

De nuance die ik bij bovenstaande overwegingen wil plaatsen, is dat de praktijk soms weerbarstiger is dan op basis van juridische overwegingen of uitspraken kan worden aangenomen. Mijn eerste kanttekening is dat de juridische procedure vaak slechts één van de middelen is die aandeelhouders ten dienste staan in een poging hun belang na te streven. Aldus kan de juridische procedure mede of zelfs uitsluitend tot doel hebben de koers van het aandeel te beïnvloeden. Ten tweede is van belang dat een negatieve uitkomst voor één van de partijen in een (enquête)procedure niet onmiddellijk betekent dat die partij daardoor ook in praktische zin in een ongunstige positie komt te verkeren. Een derde nuancering is dat de invloed van aandeelhouders in besloten verhoudingen groter kan zijn dan bij beursvennootschappen het geval is. Het gaat dan eveneens om invloed in praktische zin: het juridische normenkader is in beginsel voor alle vennootschappen gelijk, ongeacht de vraag of ze beursgenoteerd zijn of niet. Dat neemt niet weg dat de invloed van aandeelhouders die alle of een meerderheid van de aandelen in een niet-beursgenoteerde vennootschap bezitten in de praktijk groot kan zijn, alleen al vanwege de mogelijkheid het bestuur te ontslaan indien het strategisch beleid niet naar hun wens is.⁹⁵ Dat verschil wordt mogelijk vergroot gezien de introductie van de flex-bv, als gevolg waarvan een duidelijkere instructiebevoegdheid jegens het bestuur van de besloten vennootschap is ontstaan, zij het dat de norm van het belang van de vennootschap – en overigens de redelijkheid en billijkheid – een corrigerende werking zal blijven uitoefenen.

Ook bij de beoordeling van aandeelhoudersinvloed zijn de structuur, de aard en de omvang van de onderneming van belang. Aandeelhoudersinvloed op de structuur van de vennootschap wordt overigens beperkt door de aanwezigheid en de bevoegdheden van de raad van commissarissen, althans voor zover zich daarin voldoende onafhankelijke leden bevinden. In de structuurvennootschap kan de raad van commissarissen een bufferfunctie vervullen tussen aandeelhouders en het bestuur, doordat hij degene is die beschikt over de bevoegdheid het bestuur te ontslaan.⁹⁶ Daar waar het aandeelhoudersbelang al dan niet

95. HR 4 december 1993, NJ 1993, 271 (Mast Holding).

96. Zie verder Holtzer 2009a, p. 55.

HOOFDSTUK 2

rechtstreeks (zonder raad van commissarissen) in botsing komt met het werknemersbelang, zal uiteindelijk, via de positie van het bestuur, de norm van artikel 2:8 BW uitkomst blijven bieden.

9 Samenvatting

In de totstandkoming van het strategisch beleid kunnen vier fasen worden onderscheiden. De eerste fase is de preliminaire analyse, waarin wordt onderzocht hoe de onderneming functioneert, waar problemen of tekortkomingen ontstaan en hoe resultaten gerelateerd zijn aan de strategie. De tweede fase is de totstandkoming van een strategisch ontwerp voor de besluitvorming. Fase drie betreft de uitwerking van dit ontwerp in een ontwerp dat geschikt is voor implementatie. Fase vier houdt vervolgens de implementatie van de besluitvorming zelf in. Bezien vanuit het oogpunt van de medezeggenschap ontstaat betrokkenheid van werknemers vaak pas aan het einde van fase twee of zelfs pas in fase drie, namelijk op het punt dat een strategisch ontwerp tot stand is gekomen na afweging van alternatieven. De gedachte zou kunnen zijn dat medezeggenschap van werknemers juist in de eerste fase van het besluitvormingsproces van belang is, aangezien in die fase al belangrijke keuzes dienen te worden gemaakt over de te kiezen strategische richting.

Niet iedere onderneming heeft een vooraf uitgedacht strategisch plan. Dat hoeft op zichzelf geen bezwaar te zijn, tenzij een (juridische) grens wordt overschreden en gesproken kan worden van irrationele besluitvorming, te weten een zodanig onverstandig besluit dat geen goed gemotiveerd en geïnformeerd persoon dat ooit zou nemen.

Ik maak onderscheid tussen strategisch beleid en strategische besluiten. Strategische besluiten zijn opzichzelfstaande, vaak wettelijk omschreven handelingen, terwijl het beleid vaak een geheel van meer besluiten over een langere periode omvat. In de beoordeling van beide staat het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming centraal.

Over het belang van de vennootschap bestaan verschillende opvattingen, waarbij de belangrijkste tegenstelling kan worden gevonden in de stakeholdersbenadering en de shareholdersbenadering. Opvallend is dat aanhangers van beide benaderingen in de Nederlandse literatuur een duidelijke plaats inruimen voor het werknemersbelang. Anders gezegd: ook diegenen die de shareholdersbenadering voorstaan, menen dat aandeelhouders bij hun winststreven volgens de huidige rechtsopvattingen rekening moeten houden met de werknemers. In de literatuur lijkt dus overeenstemming te bestaan over de opvatting

HET STRATEGISCH BELEID VAN DE VENNOOTSCHAP

dat het werknemersbelang een belangrijk onderdeel vormt van de in het belang van de vennootschap te maken afwegingen.

Het primaat van het maken van die afwegingen ligt bij het bestuur. Dit is een sinds het Forumbank-arrest geldend recht, dat door de Hoge Raad is bevestigd in de beschikking inzake ABN AMRO. De raad van commissarissen heeft tot taak op dat beleid toezicht te houden. Niettemin kan de raad van commissarissen, afhankelijk van de structuur van de vennootschap, de aard en de omvang van de met haar verbonden onderneming en de aard van de functie van de toezichthouder, een bepaalde en onder omstandigheden grote mate van invloed uitoefenen op strategische besluiten en soms zelfs op het strategisch beleid.

Voor de invloed van aandeelhouders geldt dat de algemene vergadering haar opvattingen over het strategisch beleid tot uitdrukking kan brengen door uitoefening van de haar in wet en statuten toegekende rechten. Daarbij geldt als uitgangspunt dat de aandeelhouders niet de hoogste macht zijn binnen de vennootschap. Dat uitgangspunt is, juridisch beschouwd, sinds de tweede helft van de twintigste eeuw niet wezenlijk veranderd.

Ik zal in het volgende hoofdstuk ingaan op de wijze waarop werknemers een rol hebben gekregen in dit proces.

Hoofdstuk 3. De factor arbeid en het ondernemingsrecht

1 Inleiding

In dit hoofdstuk bespreek ik de ontwikkeling die heeft geleid tot de huidige wetgeving op het gebied van de positie van de factor arbeid in de besturing van de onderneming. Ik beperk mij tot die thema's die voor de probleemstelling van dit onderzoek rechtstreeks van belang zijn. Het gaat dan vooral om de WOR, het enquêterecht en de structuurregeling. Ik zal mij niet zozeer richten op de technische en systematische uitwerking van die wetgeving, maar mij concentreren op de elementen waarin de invloed van werknemers op het strategisch beleid van de vennootschap tot uitdrukking komt. Voor een gedetailleerde analyse van de parlementaire geschiedenis van die wetten verwijs ik naar de literatuur op dit terrein.¹

Onze huidige wetgeving op dit gebied volgt uit een grondige herziening van het Nederlandse ondernemingsrecht aan het einde van de jaren zestig van de twintigste eeuw. Deze herziening is ingezet door het verschijnen van het rapport-Verdam,² waarin ingrijpende wijzigingen werden voorgesteld bij onder meer de WOR, het enquêterecht en de structuur van de vennootschap. Daarin kreeg het werknemersbelang een duidelijke eigen plaats. Voorts werd gepleit voor het instellen van een gespecialiseerd rechterlijk college, de Ondernemingskamer. De conclusies uit het rapport-Verdam zijn, met wijzigingen of aanvullingen, overgenomen door de SER.³

Zowel het rapport-Verdam als het SER-advies kwam voort uit een maatschappelijke ontwikkeling waarvan de wens was ontstaan om grotere betrokkenheid van werknemers bij het ondernemingsbestuur te bereiken. Deze ontwikkeling

-
1. Zie voor een bespreking van de parlementaire geschiedenis van (1) de WOR: Honée 1981, Van Vliet 1980, Verburg 2007, Van Mierlo 2013 en Rood/Verburg; (2) het enquêterecht: Boukema, Geerts 2004 en Veenstra 2010; (3) de structuurregeling: Lennarts/Wezeman, Brink e.a. 1998 en De Nijs Bik 2004.
 2. 'Herziening van het ondernemingsrecht', rapport van de Commissie ingesteld bij beschikking van de minister van Justitie van 8 april 1960, Staatsuitgeverij 's-Gravenhage 1967 ('rapport-Verdam').
 3. SER-advies inzake de herziening van het ondernemingsrecht 19 september 1969, uitgave van de Sociaal-Economische Raad 1969, nr. 14 ('SER-advies Herziening ondernemingsrecht').

HOOFDSTUK 3

werd gekenmerkt door grotere mondigheid van de burger, een gevoel van maatschappelijk onbehagen, onzekerheid over behoud van de arbeidsplaats, de invloed van moderne communicatiemiddelen en de vrees voor het ontstaan van een consumptiemaatschappij⁴ – omstandigheden die overigens ook nu nog een rol van betekenis lijken te spelen. De aanbevelingen van de commissie-Verdam en de SER hebben geleid tot wetgeving die grotendeels nog altijd van kracht is.

2 Wet op de ondernemingsraden

De belangrijkste wet op het terrein van het medezeggenschapsrecht is de Wet op de ondernemingsraden (WOR). Ik zal deze wet bespreken aan de hand van de fasen waarin de invloed van de ondernemingsraad op de strategie kan worden vormgegeven: (1) het informatierecht van de ondernemingsraad, (2) het overleg met de ondernemingsraad en (3) de adviesbevoegdheid van de ondernemingsraad. De WOR heeft een ontwikkeling laten zien waarin de ondernemingsraad is veranderd van een college waarin ook de bestuurder zitting had in een zelfstandig medezeggenschapsorgaan met een duale taakstelling. De taak van de raad was onderwerp van overweging in het SER-advies ‘Taak en bevoegdheden’.⁵ In dat advies werd onderscheid gemaakt tussen de monistische opvatting van de medezeggenschap, de ondernemingsraad enkel bezien als vertegenwoordiger van het personeel, en de dualistische variant, waarbij de raad tot taak heeft de werknemers te vertegenwoordigen, maar eveneens te functioneren als een orgaan van overleg met de ondernemingsleiding in het belang van de onderneming.

In de WOR 1979⁶ verdween de bestuurder uit de ondernemingsraad en werd meer nadruk gelegd op de raad als vertegenwoordiger van de werknemers. Anderzijds diende het element overleg tussen ondernemingsleiding en door de werknemers gekozen vertegenwoordigers gehandhaafd te worden. In de memorie van toelichting⁷ overwoog de regering dat, indien als uitgangspunt genomen werd dat vertegenwoordiging en overleg beide grondslag dienden te zijn van de samenwerking in de onderneming, het erom ging of op het organisatorische vlak een synthese van deze twee elementen te verwezenlijken was, zodanig dat de bezwaren tegen de toenmalige samenwerkingsstructuur konden worden opgevangen. Aan die bezwaren zou tegemoetgekomen kunnen worden door het element vertegenwoordiging te verbeteren. De taak van de

4. SER-advies Herziening ondernemingsrecht, p. 6.

5. SER-advies over taak, samenstelling en bevoegdheden van ondernemingsraden, uitgave van de Sociaal-Economische Raad 1975, nr. 14 (‘SER-advies Taak en bevoegdheden’).

6. Wet op de ondernemingsraden 5 september 1979, Stb. 1979, 448 (‘WOR 1979’).

7. Kamerstukken II 1975-1976, 13 953, nr. 3, p. 21.

ondernemingsraad is het beoefenen van medezeggenschap over enerzijds het belang van de onderneming en anderzijds de vertegenwoordiging van werknemers, zoals thans tot uitdrukking gebracht in artikel 2 WOR.⁸

2.1 Het informatierecht van de ondernemingsraad

De WOR bevatte aanvankelijk een algemeen informatierecht, waarin was bepaald dat de ondernemer verplicht was de ondernemingsraad en zijn commissies tijdig alle inlichtingen te verstrekken die zij voor de vervulling van hun taak redelijkerwijs nodig hadden. In deze bepaling was een uitzonderingsclausule opgenomen: de ondernemer mocht inlichtingen weigeren indien zwaarwichtige belangen van de onderneming of van de direct bij de onderneming betrokken belanghebbenden zich daartegen verzetten.

In zijn advies over het verstrekken van informatie aan de ondernemingsraad door de ondernemer oordeelde de SER dat deze regeling onvoldoende was.⁹ De SER adviseerde de informatieregeling te wijzigen op twee hoofdelementen: (1) het algemene informatierecht van de ondernemingsraad; (2) de verplichting van de ondernemer om op bepaalde tijdstippen diverse, in de wet omschreven, soorten informatie ongevraagd aan de raad te verschaffen. Daarbij zou ook informatie met prospectieve elementen moeten worden verstrekt.

Dit advies heeft ertoe geleid dat de zojuist aangehaalde uitzonderingsclausule in de WOR 1979 werd geschrapt en er een aanzienlijke uitbreiding van het informatierecht van de ondernemingsraad in is opgenomen. De wet wijdde in het nieuwe hoofdstuk IVb (de artikelen 31 tot en met 31c) uitvoerig aandacht aan de informatie die de ondernemer aan de ondernemingsraad moest verstrekken, waaronder ook prospectieve informatie.

Deze prospectieve informatie is van belang, aangezien die in mijn ogen het dichtst aan het strategisch beleid van de vennootschap nadert. Ook volgens de SER vormde zij een belangrijke verdieping van de te verstrekken gegevens.¹⁰ Hij overwoog als volgt: “De raad is van oordeel dat juist dit vooruitzien naar de toekomst, dit meedenken over te verwachten of te scheppen mogelijkheden van de onderneming en de daarmee samenhangende toekomstige werkgelegenheid en werkomstandigheden, een essentieel element vormen van de taak van de

8. Zie verder Verburg 2007, p. 57-62.

9. SER-advies inzake de verstrekking door de ondernemer van informatie aan de ondernemingsraad, uitgave van de Sociaal-Economische Raad 1976, nr. 20 (‘SER-advies Informatieverstrekking’).

10. SER-advies Informatieverstrekking, p. 8.

HOOFDSTUK 3

ondernemingsraad. Vanuit dit gezichtspunt bezien hebben evenwel de besproken informaties, juist vanwege hun sterkere retrospectieve karakter, slechts een beperkte waarde.”¹¹

Deze prospectieve informatie kon worden onderverdeeld in twee soorten. Enerzijds moest de ondernemingsraad kunnen beschikken over de gegevens die inzicht mogelijk maken in de *voorzienbare ontwikkelingen* rondom de onderneming, los van het ondernemingsbeleid. Het ging daarbij om toekomstverwachtingen betreffende inkoop- en afzetmogelijkheden en betreffende de arbeidsmarkt. De tweede soort bestond uit de *beleidsvoornemens* van de ondernemingsleiding, de achtergronden daarvan, alsmede de te verwachten gevolgen voor de omvang en de richting van de toekomstige bedrijfsactiviteiten, de investeringen, de personeelsbezetting, etc. Bij het bepleiten van het invoeren van een prospectieve-informatieplicht stond de SER dus voor ogen dat deze betrekking zou hebben op de ontwikkeling van het strategisch beleid. Het prospectieve aspect is nu te vinden in artikel 31a lid 6 en 7 en artikel 31b lid 2 WOR. Het gaat in die bepalingen om informatie die op verzoek én om informatie die ongevraagd aan de ondernemingsraad moet worden verstrekt.

Honée¹² leidde uit artikel 31 lid 1 WOR af dat deze bepaling zo moest worden verstaan dat de ondernemingsraad zijn verzoek om informatie nader moest motiveren, en wel in samenhang met zijn taakuitoefening. Hij meende dat de informatie in beginsel niet omwille van de informatie zelf kon worden gevraagd, maar betrekking moest hebben op hetzij die onderwerpen waarover de ondernemingsraad een advies- of instemmingsbevoegdheid heeft, hetzij andere onderwerpen waarover de ondernemer en de ondernemingsraad overleg voeren. Het algemene informatierecht diende naar zijn mening niet als aanloop voor de uitoefening van het initiatiefrecht (artikel 23 lid 3 WOR), omdat de raad dan informatie kon vragen over elke denkbare aangelegenheid betreffende de onderneming, met de motivering dat deze wellicht aanleiding kan geven tot het doen van initiatiefvoorstellen.

Deze opvatting wordt niet ondersteund door hetgeen in de parlementaire geschiedenis is gesteld. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer is in de memorie van antwoord onder meer het volgende overwogen: “Met name wijzen wij in dit verband op de bevoegdheden, genoemd in artikel 23, derde en vierde lid: het doen van voorstellen omtrent alle aangelegenheden, de ondernemingen betreffende. Ook daartoe moet de ondernemer dus desgevraagd inlichtingen en gegevens verstrekken. Het woord ‘redelijkerwijs’ betekent, dat de ondernemer alle inlichtingen en gegevens moet

11. SER-advies Informatieverstrekking, p. 29.

12. Honée 1981, p. 104.

verstrekken, die een redelijk denkend mens nodig zou kunnen oordelen. Het betekent echter ook, dat hij niet aan onredelijke verzoeken behoeft te voldoen.”

Dat betekent dat de wetgever een ruime interpretatie voor ogen heeft gestaan van de door de ondernemer op verzoek te verstrekken inlichtingen, die wel degelijk ook voor de uitoefening van het initiatiefrecht moeten worden verstrekt. De inlichtingen worden begrensd door de beperking dat de gevraagde informatie redelijk moet zijn.¹³ Ik merk op dat de ruimte voor interpretatie mede verband houdt met de opvatting van de werkzaamheden van de ondernemingsraad. Naarmate die taakopvatting breder wordt gezien, wordt de drempel lager voor de verplichting van de ondernemer tot het verstrekken van gegevens, al dan niet bij het uitoefenen van het initiatiefrecht. Dat betekent in theorie dat de ondernemingsraad vrijwel ieder door hem gewenst initiatief kan ontwikkelen en de bijbehorende informatie van de ondernemer kan vragen (en desnoods vorderen), tenzij het informatie betreft die geen redelijk denkend mens noodzakelijk zou kunnen achten.

Voor de *ongevraagd* te verstrekken informatie geldt dat niet alleen juridische basisgegevens maar ook financieel-economische en organisatorische gegevens moeten worden verstrekt, zoals gespecificeerd in de wet.¹⁴ De ondernemer dient, mede voor de bespreking van de algemene gang van zaken van de onderneming, ten minste tweemaal per jaar aan de ondernemingsraad mondeling of schriftelijk algemene gegevens te verstrekken over de werkzaamheden en de resultaten van de onderneming, in het bijzonder over aangelegenheden zoals bedoeld in artikel 25 WOR. Deze bepaling heeft een retrospectieve en een prospectieve kant. Onder de prospectieve gegevens dienen eveneens de financiële begrotingen voor de komende periode¹⁵ en informatie over belangrijke investeringen in binnen- en buitenland¹⁶ te worden geschaard. Voor prospectief te verstrekken informatie over adviesplichtige kwesties in het buitenland is bovendien van belang dat de zogenoemde buitenlandclausule niet geldt.¹⁷ Anders gezegd: dergelijke informatie dient ook aan de ondernemingsraad te worden verstrekt indien het gaat om belangrijke ontwikkelingen voor buitenlandse ondernemingen waarvan niet te verwachten is dat dit zal leiden tot een of meer adviesplichtige besluiten in Nederland.

13. Kamerstukken I 1978-1979, 13 954, nr. 8d, p. 6.

14. Van Vliet 1980, p. 12-22.

15. Kamerstukken II 1976-1977, 13 954, nr. 6, p. 43.

16. Kamerstukken II 1977-1978, 13 954, nr. 112, p. 23.

17. Kamerstukken II 1977-1978, 13 954, nr. 158.

HOOFDSTUK 3

De wetgever heeft aan het uitblijven van bezwaren van de ondernemingsraad tijdens de informatiefase uitdrukkelijk geen consequenties willen verbinden.¹⁸ Wanneer de raad geen bezwaren maakt tijdens het verstrekken van informatie over ophanden zijnde adviesplichtige aangelegenheden, betekent dit niet dat hij geacht wordt stilzwijgend met die ontwikkelingen akkoord te zijn gegaan: als er sprake is van een voorgenomen besluit, moet altijd nog advies ingevolge artikel 25 WOR worden verkregen.

2.2 *Het overleg met de ondernemingsraad*

De wetgever heeft aan de ondernemingsraad ruime bevoegdheden tot overleg toegekend. Tweemaal per jaar dient de algemene gang van zaken te worden besproken, zoals neergelegd in artikel 23 en 24 WOR. Daarin dient het te gaan om “aangelegenheden de onderneming betreffende”, welk begrip volgens de wetgever “zo ruim mogelijk” moet worden uitgelegd.¹⁹

Het overleg is niet beperkt tot sociale aangelegenheden; ook financiële, economische en organisatorische zaken kunnen aan de orde worden gesteld. Bij de overlegverplichting geldt wel dat het moet gaan om min of meer concrete beleidsvoornemens van de ondernemer. Daartoe is niet noodzakelijk dat deze op papier zijn gesteld.²⁰ Ik heb in de parlementaire geschiedenis weinig houvast kunnen vinden voor de invulling van het begrip ‘de algemene gang van zaken van de onderneming’, behalve de zojuist samengevatte overwegingen. Uit de samenhang van de verschillende wetsartikelen en de bedoeling van de wetgever maak ik wel op dat het informatierecht een ruime bevoegdheid creëert bij beleidsvoornemens en toekomstplannen van de ondernemer. Volgens mij gaat het daarbij ook om overwegingen van strategische aard, die besloten (kunnen) liggen in de prospectieve informatie die halfjaarlijks ongevraagd of, in voorkomend geval, op verzoek van de ondernemingsraad door de ondernemer moeten worden verstrekt.

In het wetgevingsproces is de aanwezigheidsplicht van commissarissen bij overlegvergaderingen met de ondernemingsraad eveneens verruimd. Het belang van hun aanwezigheid bij het overleg is zowel door de SER²¹ als door de wetgever onderkend. Dit komt onder meer tot uitdrukking in het schrappen van het vereiste dat de ondernemingsraad eerst de wens tot aanwezigheid van commissarissen bij het overleg te kennen moest geven, voordat commissarissen

18. Kamerstukken I 1978-1979, 13 945, nr. 8d, p. 25.

19. Kamerstukken I 1978-1979, 13 954, nr. 8d, p. 13.

20. Kamerstukken I 1979-1998, 24 615, nr. 81a, p. 19.

21. SER-advies Herziening ondernemingsrecht, p. 17.

verplicht waren deel te nemen. Voorts is de vereiste frequentie van hun aanwezigheid bij het overleg met de ondernemingsraad in de wet verhoogd.

In de eerste plaats is in de WOR 1979 bepaald dat commissarissen verplicht aanwezig dienen te zijn bij de overlegvergaderingen over de algemene gang van zaken die tweemaal per jaar worden gehouden. In de tweede plaats is de verplichting geïntroduceerd om aanwezig te zijn, op dezelfde voet als in artikel 24 lid 2 WOR is bepaald, bij het overleg over alle adviesplichtige aangelegenheden zoals bepaald in artikel 25 WOR. Daarmee is de frequentie van verplichte aanwezigheid van commissarissen op de overlegvergadering in theorie hoog. Tenzij de ondernemingsraad van dit recht afziet, zouden commissarissen meermalen per jaar overleg met hem moeten voeren om de algemene gang van zaken of specifieke adviesplichtige besluiten te bespreken.

De wetgever heeft oog gehad voor de belasting die deze verplichting op de raad van commissarissen legt. Daarom is een flexibele vervangingsregeling in het leven geroepen, die de commissarissen met name in internationale verhoudingen ruimte biedt. De wetgever heeft duidelijk gemaakt dat indien de moedermaatschappij in het buitenland is gevestigd, bestuurders daarvan niet gedwongen kunnen worden op de overlegvergadering te verschijnen.²² In dat geval zou wel verwacht mogen worden dat men een Nederlandse vertegenwoordiger aanwijst, bijvoorbeeld een van de commissarissen van de dochtervennootschap, als die er zijn. De flexibiliteit in de vervangingsregeling ligt hierin dat het bestuur van de moedervennootschap vertegenwoordigers mag aanwijzen die de plaats van de commissarissen van de dochter kunnen innemen. De door het bestuur van de moedervennootschap aangewezen vertegenwoordigers behoeven zelf geen deel uit te maken van dat bestuur. De wetgever heeft zelfs geen voorschriften over de hiërarchie van die functionarissen gesteld.²³ Dat maakt dat op het niveau van de dochter aan de aanwezigheid van commissarissen niet of nauwelijks inhoud hoeft te worden gegeven wanneer een andere functionaris uit het concern daartoe is aangewezen. Daarmee lijkt de wetgever in belangrijke mate tegemoet te zijn gekomen aan bezwaren over een hoge belasting van de raad van commissarissen op het niveau van de dochtervennootschap in concerns.

In 1979 is ook de uitzonderingsbepaling van artikel 24 lid 3 in de WOR terechtgekomen. De aanwezigheidsplicht is niet van toepassing wanneer (1) de vennootschap ten minste vijf ondernemingen in stand houdt waarvoor een ondernemingsraad is ingesteld of (2) de vennootschap behoort tot een groep waarin ten minste vijf ondernemingen met ieder één ondernemingsraad in stand

22. Kamerstukken I 1978-1979, 13 954, nr. 8c, p. 7.

23. Van Mierlo 2013, p. 155, Honée 1981, p. 133.

HOOFDSTUK 3

wordt gehouden. Die uitzondering hield wederom verband met de wens de belasting van concernfunctionarissen te beperken. In de nota van wijzigingen²⁴ is overwogen dat dit lid beoogde tegemoet te komen aan de bezwaren van grote concerns waarbinnen het voor het bestuur praktisch onmogelijk is aan de aanwezigheidsverplichting te voldoen, zelfs met aanwijzing van vertegenwoordigers. De in lid 3 voorziene uitzonderingen gelden, zo werd aangegeven, overigens niet voor de bespreking van de algemene gang van zaken in groepsondernemingsraden en centrale ondernemingsraden.

Ik heb in de parlementaire geschiedenis weinig aanknopingspunten gevonden die richting geven in de bepaling van de inhoud van het overleg tussen de raad van commissarissen en de ondernemingsraad. De belangrijkste conclusies die uit de parlementaire geschiedenis te trekken zijn, hebben betrekking op voorschriften van formele aard. Het gaat dan vooral om de zojuist samengevatte flexibiliteit die in de vervangingsregeling voor commissarissen geldt.

2.3 *Het adviesrecht van de ondernemingsraad*

De kern van het toekennen van invloed aan de ondernemingsraad op strategische besluiten van de vennootschap is gelegen in het adviesrecht. De wetgever heeft bedoeld te bevorderen dat de raad in een “zo vroeg mogelijk stadium” wordt geraadpleegd.²⁵ In afwijking van de SER²⁶ is de wettelijke verplichting opgenomen om afspraken te maken over het moment en de manier waarop de raad in de besluitvorming wordt betrokken (artikel 24 lid 1 laatste volzin WOR). Het doel hiervan is de rechten van de ondernemingsraad te versterken. Er bestaat een spanning tussen de verwachting dat de raad adviseert op een tijdstip dat hij nog wezenlijke invloed kan uitoefenen en het feit dat de ondernemer, gelet op de gedetailleerde informatie die hij moet verschaffen, zijn besluitvorming reeds grotendeels moet hebben afgerond.²⁷

De verplichting advies aan de ondernemingsraad te vragen over specifieke strategische besluiten is in artikel 25 WOR geconcretiseerd. De wetgever heeft van meet af aan voor ogen gestaan hierin een limitatieve lijst op te nemen, zij het dat beseft werd dat de begripsomschrijvingen op sommige punten noodzakelijkerwijs vaag waren.²⁸ In die opsomming speelt het begrip ‘belangrijk’ een rol van betekenis. Bij de invulling daarvan zijn volgens de wetgever de aard en

24. Kamerstukken II 1976-1977, 13 954, nr. 7, p. 12.

25. Kamerstukken II 1975-1976, 13 954, nr. 3, p. 38.

26. SER-advies over enige knelpunten in het praktisch functioneren van de ondernemingsraad en de personeelsvergadering en over eventuele wijzigingen van de Wet op de ondernemingsraden, 15 mei 1992, nr. 92/07 (‘SER-advies Knelpunten’), p. 18.

27. Kamerstukken II 1996-1997, 24 615, nr. 52.

28. Kamerstukken II 1969-1970, 10 335, nr. 3, p. 23.

de omvang van de activiteit van de onderneming in hun geheel relevant. In geval van twijfel aan het belang van een besluit zou de ondernemer er verstandig aan doen zekerheidshalve toch het advies van de ondernemingsraad te vragen.²⁹ Ook besluiten zonder directe sociale gevolgen of consequenties voor de werkgelegenheid kunnen wel degelijk belangrijk zijn. De medezeggenschapsrechten van de ondernemingsraad strekken namelijk niet alleen ter behartiging van de eigen werknemersbelangen, maar meer algemeen ter behartiging van het belang van de onderneming in al haar doelstellingen.³⁰

De suggestie om in de plaats van die limitatieve lijst een algemene omschrijving op te nemen is door de wetgever verworpen. Een dergelijke kapstokbepaling zou tot te grote onzekerheid voor de ondernemer leiden. Voorts zou dit de aandacht te veel op procedurele aspecten richten en niet op de inhoud van de besluitvorming.³¹ De wetgever vond met name dat er geen discussie zou mogen ontstaan over adviesrecht over vennootschappelijke besluiten zoals winstbestemming, uitgifte en intrekking van aandelen en beursnoteringen.³²

De wetgever heeft verstrekkende bevoegdheden tot het naleven van het adviesrecht aan de ondernemingsraad toegekend. Wanneer een besluit niet overeenstemt met het advies van de raad, kan hij beroep instellen bij de Ondernemingskamer. De Ondernemingskamer kan, naast een verklaring voor recht, de uit de wet bekende voorzieningen opleggen, die neerkomen op het intrekken en ongedaan maken van het besluit. De wetgever vond deze sancties noodzakelijk bij het zetten van stappen op de weg naar verzelfstandiging van de ondernemingsraad.³³

Tijdens het parlementaire debat over het voorstel voor de WOR 1979 is gesproken over een aan de ondernemingsraad toe te kennen beroepsrecht indien de ondernemer na het advies van de raad zou beslissen het aanvankelijk voorgenomen besluit niet te nemen. Die suggestie is verworpen. Daarbij is benadrukt dat de ondernemer alleen advies hoeft te vragen over door hemzelf voorgenomen besluiten om iets te doen, dat wil zeggen niet over besluiten om iets niet te doen.³⁴

Eveneens is gesproken over wat de status van het beroepsrecht zou moeten zijn indien de ondernemer zou besluiten zonder daartoe eerst het advies van de

29. Kamerstukken I 1978-1979, 13 954, nr. 8d, p. 5.

30. Kamerstukken I 1978-1979, 13 953, nr. 8d, p. 15.

31. Kamerstukken II 1995-1996, 24 615, nr. 3, p. 8.

32. Kamerstukken II 1996-1997, 24 615, nr. 9, p. 12.

33. Kamerstukken II 1965-1966, 13 954, nrs. 1-3, p. 39. Daarin werd verwezen naar het specifiek over het beroepsrecht ingediende wetsontwerp 13 350, dat later is ingetrokken.

34. Kamerstukken II 1976-1977, 13 954, nr. 7, p. 12.

HOOFDSTUK 3

ondernemingsraad te hebben gevraagd. Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer werd het standpunt daarover als volgt weergegeven:

“Artikel 25 schetst in de leden 1 tot en met 5 van dit artikel de gang van zaken, zoals deze volgens de wet dient plaats te vinden bij het vragen van advies en het nemen van een besluit door de ondernemer. Deze regeling sluit echter uiteraard niet uit dat een ondernemer ook zonder advies van de ondernemingsraad besluiten als bedoeld in dit artikel kan nemen. Dat kan zich voordoen wanneer de ondernemer in strijd met zijn wettelijke verplichting de ondernemingsraad niet in de gelegenheid stelt om advies uit te brengen, maar ook wanneer de ondernemingsraad, hoewel om advies gevraagd, geen advies uitbrengt. In beide gevallen is de ondernemer toch gebonden aan de opschortingstermijn van artikel 25, zesde lid: zijn besluit stemt immers niet overeen met het advies van de ondernemingsraad, want er is geen advies van de ondernemingsraad. (...) In deze beide gevallen kan de ondernemingsraad dus ook beroep instellen bij de Ondernemingskamer.”³⁵

Daarnaast is gedebatteerd over het koppelen van het beroepsrecht aan het initiatiefrecht van de ondernemingsraad. Dit werd afgewezen. De consequenties van een dergelijk recht waren volgens de regering niet te overzien, juist omdat het beroepsrecht was voorgesteld voor een beperkt aantal in artikel 25 WOR omschreven belangrijke beslissingen van de ondernemer. Het recht om bij de Ondernemingskamer beroep in te stellen diende beperkt te blijven tot de wettelijk bepaalde belangrijke beslissingen van de ondernemer.³⁶

De beleidsvrijheid van de ondernemer zag de wetgever gewaarborgd door de marginale toetsing die de Ondernemingskamer daarop kon uitoefenen. Deze marginale toetsing volgde uit de norm dat het beroep uitsluitend mogelijk was in gevallen waarin de ondernemer bij de afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen. De ondernemer zou dankzij (de beperkingen van) die toetsing een ruime mate van beleidsvrijheid behouden waarbinnen hij zelfstandig beslissingen kon nemen. De grenzen van die vrijheid werden aangegeven met een aan het administratief recht ontleende formule, die beoogde te bereiken dat de ondernemer, evenals een overheidsorgaan, alle relevante belangen tegen elkaar moest afwegen. Dat gold in die zin

35. Kamerstukken I 1978-1979, 13 954, nr. 8d, p. 21. De lezer herkent hier mogelijk de leer die in de jurisprudentie de Lingeziekenhuis-doctrine is gaan heten, naar aanleiding van de eerste uitspraak van de Ondernemingskamer (OK 1 mei 1980, NJ 1981, 271 m.nt. Maeijer). Die doctrine houdt onder meer in dat de ondernemingsraad tegen een door de ondernemer reeds genomen adviesplichtig besluit, zonder dat advies van de ondernemingsraad is verkregen, beroep kan instellen wanneer van een besluit in overeenstemming met een door de ondernemingsraad uitgebracht advies geen sprake is.

36. Kamerstukken II 1977-1978, 13 954, nr. 110, p. 25.

dat de belangen die relevant waren voor de ondernemer dat niet behoefden te zijn voor de overheid en omgekeerd. De ondernemer mocht uiteindelijk immers het ondernemingsbelang laten prevaleren, hetgeen een andere inhoud had dan het algemeen belang dat voor de overheid doorslaggevend moest zijn. Waar het in wezen zou gaan om een geschil tussen ondernemer en ondernemingsraad over gevoerd beleid, bestond er naar het oordeel van de wetgever geen reden om een voorziening in de wet op te nemen.³⁷

2.4 *Concernrelaties en internationale verhoudingen*

Bij de vormgeving van het adviesrecht van de ondernemingsraad heeft de wetgever specifiek oog gehad voor het besluitvormingsproces in (internationale) concernverhoudingen. Daarbij is gewezen op de verschillen in organisatiestructuur tussen concerns en de niveaus in het concern waarbinnen besluiten kunnen worden genomen:

“Bij concerns kan in het algemeen niet zo eenvoudig worden aangegeven waar de beslissingsbevoegdheid ligt. Enerzijds bestaan er aanzienlijke verschillen in organisatiestructuur tussen de verschillende concerns, waarbij de beslissingsbevoegdheden in meerdere of mindere mate gedecentraliseerd zijn, anderzijds zullen dikwijls niet alle beslissingen met betrekking tot de in artikel 25, eerste lid, bedoelde aangelegenheden in een concern op hetzelfde niveau worden opgenomen. Denkbaar is bijvoorbeeld, dat in een concern de besluiten van artikel 25, eerste lid, onder a tot en met f, worden genomen door de directie van de moeder vennootschap en de besluiten van artikel 25, eerste lid, onder g, h en i, door de directie van de dochter vennootschap.”³⁸

De wetgever heeft een afweging gemaakt tussen het belang van het internationale concern om een uniform concernbeleid te kunnen doorvoeren en het belang van medezeggenschap van de werknemers over die besluitvorming. Daarbij heeft de wetgever het belang van de werknemers doelbewust het zwaarst willen laten wegen, waarbij als volgt werd overwogen:

“Bovendien gaat het in de artikelen 25 en 30 van de Wet op de ondernemingsraden slechts om *advies*bevoegdheden van de ondernemingsraad. Wanneer het concernbeleid door het volgen van het advies van de ondernemingsraad in gevaar zou komen, kan de concerntop gemotiveerd van dat advies afwijken. De ondernemingsraad kan zich in dat geval nog slechts

37. Kamerstukken II 1975-1976, 13 954, nrs. 1-3, p. 42; zie ook de memorie van toelichting bij wetsontwerp 13 350.

38. Kamerstukken I 1978-1979, 13 954, nr. 8d, p. 14.

HOOFDSTUK 3

voor marginale toetsing van het betrokken besluit tot de Ondernemingskamer van het Gerechtshof in Amsterdam wenden, die dan zou moeten beslissen of de ondernemer (d.w.z. de Nederlandse dochtervennootschap) bij de afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid meer gewicht had mogen toekennen aan het uniforme concernbeleid dan aan het advies van de Nederlandse ondernemingsraad. Ten aanzien van een besluit tot benoeming of ontslag van een bestuurder heeft de ondernemingsraad deze beroepsmogelijkheid niet. Wij vestigen er nog eens de aandacht op, dat het advies altijd gevraagd moet worden door tussenkomst van de bestuurder van de Nederlandse onderneming, ook als het besluit in feite wordt genomen door de buitenlandse moedermaatschappij. Deze moedermaatschappij neemt het besluit namelijk in haar hoedanigheid van grootste aandeelhoudster van de Nederlandse dochtervennootschap. De bestuurder van de dochtervennootschap dient het advies dan uiteraard door te zenden aan de moedermaatschappij. (...)

Wij zijn er dan ook geenszins bevreesd voor, dat Nederland als vestigingsplaats voor dochters van internationale concerns minder aantrekkelijk zou worden door de adviesbevoegdheden van de ondernemingsraad, genoemd in de artikelen 25 en 30 van het wetsontwerp.”³⁹

Deze passages zijn om verschillende redenen van belang. In de eerste plaats wordt een afweging gemaakt tussen het toekennen van de specifieke bevoegdheden aan de Nederlandse ondernemingsraad over advisering in belangrijke strategische aangelegenheden en het belang van het Nederlandse vestigingsklimaat. In die afweging werd de systematiek van de Nederlandse medezeggenschap, ook in internationale (concern)verhoudingen, niet als schadelijk voor ons vestigingsklimaat gezien.

In de tweede plaats wordt duidelijk gemaakt dat er opzettelijk verschil bestaat tussen de bevoegdheden van artikel 25 WOR en de adviesbevoegdheid over benoeming en ontslag van de bestuurder ingevolge artikel 30 WOR. Dat onderscheid is ontstaan doordat tijdens de behandeling van de WOR 1979 in de Tweede Kamer een amendement, dat ertoe strekte het beroepsrecht van toepassing te doen zijn op het besluit tot benoeming of ontslag van een bestuurder van een onderneming, was verworpen.⁴⁰ Dit onderscheid tussen de in artikel 25 en artikel 30 WOR genoemde besluiten is bij de behandeling in de Eerste Kamer uitdrukkelijk gehandhaafd.

In de derde plaats worden over de besluitvorming in concerns opmerkingen gemaakt die niet onmiddellijk voor eenduidige interpretatie vatbaar zijn. Honée

39. Kamerstukken I 1978-1979, 13 954, nr. 8d, p. 17.

40. Kamerstukken II 1977-1978, 13 954, nr. 122.

trok uit de genoemde passages de conclusie dat hierin de gedachte besloten ligt dat voor toepassing van artikel 25 de besluitvorming van de moedervennootschap wordt gerekend tot de ondernemingssfeer van de dochtervennootschap.⁴¹ Zijn bezwaar richtte zich tegen de gedachte dat handelingen en beslissingen van de moeder zouden kunnen gelden als handelingen en beslissingen van de dochter. In die passage wordt immers gesuggereerd dat het mogelijk is dat besluiten worden genomen door het bestuur van de moedervennootschap in haar hoedanigheid van grootste aandeelhoudster van de dochtervennootschap, en dat deze besluiten dan door tussenkomst van de bestuurder van de dochter aan de ondernemingsraad moeten worden voorgelegd. Deze concernrechtelijke interpretatie van de WOR zou volgens Honée moeten worden verworpen, omdat ze zich niet zou verdragen met de beginselen van het vennootschapsrecht.

In de aangehaalde passages zie ik primair een bevestiging van de hoofdregel dat het systeem van medezeggenschap zo werkt dat de ondernemer zelf moet besluiten of hij het concernbeleid kan uitvoeren en dit meeweegt tegen de andere bij de vennootschap betrokken belangen. Op het moment dat dit voorgenomen besluit voorligt, ontstaat de adviesplicht voor de ondernemingsraad. Daarnaast lijken de overwegingen van de wetgever echter inderdaad enige ruimte te bieden voor een afwijking van die regel in die situatie waarin beslissingen ‘in feite’ al zijn genomen door de moeder en van wezenlijke invloed op het niveau van de dochtervennootschap geen sprake meer kan zijn. Wanneer dan beslissingen van de moeder (als – grootste – aandeelhoudster) moeten gelden als beslissingen van de dochter, komt men bij overwegingen die dicht liggen tegen de leer van toerekening of medeondernemerschap zoals die later is ontwikkeld,⁴² die daarmee enige steun lijkt te vinden in de parlementaire geschiedenis van de WOR.

Bij de informatievoorziening aan de ondernemingsraad in internationale concerns constateerde de SER⁴³ een lacune, die door de wetgever niet is opgevuld. Die lacune was gelegen in het gegeven dat de moedervennootschap niet verplicht is ervoor te zorgen dat de dochtervennootschap haar verplichtingen jegens de ondernemingsraad integraal naleeft. De SER verwachtte dat de rechter de dochtervennootschap in een eventuele juridische procedure niet verantwoordelijk zou houden voor het niet nakomen van haar medezeggenschapsverplichtingen indien dit zou worden veroorzaakt doordat de moedervennootschap haar medewerking weigerde. De ondernemingsraad zou wel mogelijkheden hebben om van de moeder informatie af te dwingen wanneer

41. Honée 1981, p. 149.

42. Zie bijvoorbeeld HR 11 juli 1984, NJ 1985, 212; OK 2 april 1987, NJ 1988, 382; HR 26 januari 1994, NJ 1994, 545; HR 26 januari 2000, NJ 2000, 223; HR 1 maart 2002, NJ 2002, 295. Deze leer zal later in dit onderzoek aan de orde komen.

43. SER-advies Knelpunten, p. 59.

HOOFDSTUK 3

het zou gaan om adviesplichtige besluiten. Langs die weg zou een indirecte druk op de moedervernootschap ontstaan om de dochter in staat te stellen de adviesprocedure te voltooien. Die mogelijkheid zou echter niet aanwezig zijn in situaties waarin de moeder weigert de dochtervernootschap in staat te stellen haar algemene informatieverplichtingen jegens de ondernemingsraad na te komen. Een oplossing zou te vinden kunnen zijn door in de WOR op enigerlei wijze de Nederlandse moedervernootschap te verplichten ervoor te zorgen dat de dochter in staat is jegens de ondernemingsraad haar medezeggenschapsverplichtingen in acht te nemen. Daarmee zou echter geen oplossing bestaan voor situaties waarin de moedervernootschap een buitenlandse rechtspersoon is. Door die aanvulling in de WOR zou dus een onderscheid ontstaan tussen multinationale concerns met een topholding in het buitenland en multinationale concerns met een concerntop in Nederland. Dit onderscheid achtte de SER ongewenst. Dit probleem zou alleen via internationaal recht kunnen worden opgelost.

2.5 *Wet medezeggenschap werknemers*

Met de zojuist samengevatte systematiek van informatie aan, overleg met en advies door de ondernemingsraad lijkt een vrijwel onwrikbaar fundament voor de medezeggenschap in Nederland te zijn gelegd. Tijdens de herzieningen van de WOR is verschillende malen aan de orde geweest of de rechten van de ondernemingsraad uitbreiding zouden behoeven. De belangrijkste steeds terugkerende thema's in de gedane voorstellen zijn de koppeling van een beroepsrecht aan het initiatiefrecht dan wel aan het adviesrecht inzake benoeming en ontslag van bestuurders, en toekenning van het enquêterecht aan de ondernemingsraad. Behoudens wijzigingen van technische of relatief ondergeschikte aard, heeft de wetgever sinds 1979 geen enkel voorstel tot wezenlijke uitbreiding van bevoegdheden geaccepteerd.

De zojuist gesignaleerde onwrikbaarheid lijkt ook de andere kant op te werken. Ongeveer parallel aan de discussie over de wijziging van de structuurregeling ontstond de vraag of ook de WOR gewijzigd zou moeten worden. Dit debat kwam op gang door het verschijnen van het kabinetsstandpunt volgend op de evaluatie van de WOR.⁴⁴ Het meest in het oog springende aspect daarvan was dat de gedachte werd geopperd dat ook de mogelijkheid tot vermindering van medezeggenschapsrechten een wettelijke regeling zou behoeven.

Op 19 december 2003 bracht de SER advies uit over de aanpassing van de WOR.⁴⁵ Over het kabinetsvoorstel om te komen tot beperking van de bevoegdheden van de

44. Kamerstukken II 2002-2003, 28 72, nr. 1. Zie Sprengers 2003a.

45. SER-advies 'Aanpassing van de Wet op de Ondernemingsraden', uitgave van de Sociaal-Economische Raad 19 december 2003, nr. 12 ('SER-advies Wijziging WOR').

ondernemingsraad, merkte de SER op dat in de adviesaanvraag niet was gespecificeerd welke bevoegdheden het kabinet op het oog had. Wel waren er voorbeelden genoemd van situaties waarin de behoefte tot vermindering van rechten zou kunnen bestaan, waaronder de reeds jaren bestaande ondernemingsraad die met een andere invulling van zijn bevoegdheden beter wilde aansluiten op de behoeften in de onderneming, of de beginnende raad die nog in zijn werk moest groeien en in dat kader tijdelijk minder bevoegdheden wilde hebben.⁴⁶ Van die bevoegdheden zou een ondernemingsraad ad hoc moeten kunnen afzien indien de gevolgen hiervan voor werknemers in voldoende mate kenbaar waren. Volgens de SER kwam dit in de praktijk al vaker voor. De SER vond dat de wet buiten twijfel zou moeten stellen dat een ondernemingsraad die afziet van de uitoefening van adviesrecht over een specifiek voorgenomen besluit, zich niet op een later moment alsnog tot de Ondernemingskamer zou kunnen wenden. Het opgeven van die bevoegdheid zou overigens de verplichting van de ondernemer om de ondernemingsraad in kennis te stellen van dat besluit onverlet laten.⁴⁷ Op de vraag of de raad niet alleen ad hoc, maar ook structureel van rechten zou kunnen afzien, reageerde de SER verdeeld.

Het SER-advies Wijziging WOR⁴⁸ leidde tot een wetsvoorstel waarin, tot verbazing van velen, de gehele WOR werd vervangen door een nieuwe wet, de Wet medezeggenschap werknemers (WMW).⁴⁹ In de memorie van toelichting werd deze beweging (summier) toegelicht met het opsommen van een aantal doelstellingen van de nieuwe wet, waaronder het vergroten van de toegankelijkheid, het aanbrengen van een aantal kleinere wijzigingen en het schrappen van verouderde bepalingen. Voorts werd de nadruk gelegd op flexibiliteit en maatwerk in de medezeggenschap.

In aansluiting op het SER-advies werd in het wetsvoorstel een regeling opgenomen die zowel betrekking had op situaties waarin de ondernemingsraad ad hoc zou afzien van het uitoefenen van zijn bevoegdheden als op de mogelijkheid dat bij ondernemingsovereenkomst voor een zekere periode werd vastgelegd dat de raad bepaalde bevoegdheden niet zou benutten. De regering zag geen noodzaak om een regeling voor te stellen over afspraken om af te wijken van de toepassing van wettelijke bepalingen. De beoordeling of een beslissing van de ondernemer als ‘belangrijk’ diende te worden beschouwd, moest immers in het kader van de sociale, procedurele, economische en

46. SER-advies Wijziging WOR, p. 35.

47. SER-advies Wijziging WOR, p. 50.

48. Zie over dit SER-advies en de adviesaanvraag verder Van het Kaar 2003, Bungener 2003, Sprengers 2003b en Duk 2004a.

49. Kamerstukken II 2004-2005, 29 818, nrs. 1-2.

HOOFDSTUK 3

organisatorische aspecten van die beslissing in onderlinge samenhang worden gewogen. Die benadering leende zich niet voor vastlegging in de wet.⁵⁰

Op het belangrijke punt van het verminderen van bevoegdheden van de ondernemingsraad nam de regering een duidelijk standpunt in: dit zou moeten kunnen. In een nieuw artikel 6:31 WMW werd bepaald dat bij schriftelijke overeenkomst aan de ondernemingsraad verdere bevoegdheden konden worden toegekend dan de wettelijke, maar dat de advies- en instemmingsrechten ook voor minder dan de in de wet genoemde aangelegenheden konden worden toegekend. Voorts kon bij schriftelijke overeenkomst het instemmingsrecht worden omgezet in een adviesrecht. In de memorie van toelichting werd gewezen op de noodzaak de bevoegdheden van de ondernemingsraad te doen aansluiten op de situatie in de onderneming. De huidige regeling was daartoe te star en zou moeten worden vervangen. Bij die bevoegdhedenvermindering zou het moeten gaan om een aanpassing van het pakket van bevoegdheden en zeker niet om het laten vervallen van alle bevoegdheden. Strijd met de grondwettelijk vastgelegde opdracht tot regeling van de medezeggenschap was niet aan de orde, aangezien het niet de bedoeling was dat met deze regeling alle advies- en instemmingsrechten zouden vervallen.⁵¹

Nieuw ten opzichte van het SER-advies Wijziging WOR was ook een wijziging van de rechten van de ondernemingsraad inzake het voeren van overleg met de ondernemer en de toezichthouders. De wettelijk voorgeschreven vergadering waarin de algemene gang van zaken in de onderneming wordt besproken werd in de WMW teruggebracht van twee- naar minimaal eenmaal per jaar. Het zou dan aan de ondernemingsraad en de ondernemer zijn eventueel af te spreken dat de algemene gang van zaken vaker werd besproken.⁵²

Het voorstel voor de WMW is op felle kritiek gestuit. De Raad van State concludeerde dat de WMW geen grenzen stelde aan de mogelijkheden tot inperking dan wel omzetting van de rechten en bevoegdheden van de ondernemingsraad, terwijl hierover ook in de memorie van toelichting niets werd vermeld.⁵³ In de parlementaire behandeling werden vele kritiekpunten van technische en inhoudelijke aard naar voren gebracht, waarbij op inhoudelijk vlak de bezwaren tegen vermindering van rechten sterk werden aangezet.⁵⁴ De vermindering van het aantal vergaderingen over de algemene gang van zaken

50. Kamerstukken II 2004-2005, 29 818, nr. 3, p. 6.

51. Kamerstukken II 2004-2005, 29 818, nr. 3, p. 8.

52. Kamerstukken II 2004-2005, 29 818, nr. 3, p. 37.

53. Kamerstukken II 2004-2005, 29 818, nr. 4, p. 3.

54. Kamerstukken II 2004-2005, 29 818, nr. 5, p. 12 e.v.

stuitte eveneens op bezwaren; daarbij werd gewezen op de corporate governance-discussie en op de vraag aan welke eisen een goed toezicht dient te voldoen, waarbij de mate van contact tussen commissarissen en ondernemingsraad van belang werd geacht. In de juridische literatuur kon het ontwerp voor de WMW evenmin op waardering rekenen.⁵⁵ Bij brief van 5 oktober 2005⁵⁶ werd het wetsvoorstel ingetrokken.

Daarmee lijkt de conclusie gerechtvaardigd te zijn dat de wil van de wetgever om te komen tot een al dan niet fundamentele herziening van het medezeggenschapsrecht in Nederland ontbreekt. Zo lijkt het denken rondom de wettelijke systematiek, althans de mogelijkheid deze gedachten tot uitvoering te brengen, vast te zitten. De maatschappelijke opvattingen en de juridische verhoudingen tussen de bij de vennootschap betrokkenen zijn sinds de tweede helft van de vorige eeuw in sterke mate gewijzigd. Tot wezenlijke aanpassingen van de WOR heeft dit alles niet geleid.

3 Het enquêterecht

3.1 *De enquêtetprocedure vanuit werknemersperspectief*

Vrijwel hetzelfde geldt voor de tweede pijler onder het medezeggenschapsrecht in Nederland: het enquêterecht. Het recht van enquête is door de wetgever, in navolging van de adviezen van de commissie-Verdam en de SER, aan de vakorganisaties toegekend als een erkenning van de plaats die de werknemers in het maatschappelijk bestel innamen.⁵⁷ Omdat in de onderneming de factor arbeid als een integraal onderdeel moest worden beschouwd, was het redelijk dat werknemersvertegenwoordigers zouden kunnen opkomen tegen onjuist beleid op sociaal of economisch gebied. Toekenning van het enquêterecht aan de ondernemingsraad achtte de commissie-Verdam niet wenselijk. De ondernemingsraad werd beschouwd als een college van overleg, waarvan de ondernemer voorzitter was; daarmee leek niet in overeenstemming dat de raad een procedure tegen die ondernemer zou voeren. Voorts wees de commissie op een praktisch bezwaar, inhoudende dat de ondernemingsraad geen rechtspersoonlijkheid bezat. Om die reden vond ze de oplossing in toekenning van het enquêterecht aan de vakcentrales, die gemakkelijker afstand zouden kunnen nemen van incidentele moeilijkheden in een onderneming.⁵⁸ De wetgever heeft

55. Duk 2004b, Jellinghaus 2004, Sprengers en Van Leeuwen 2004, Duk 2005, Holtzer 2005, Van het Kaar 2005a, Sprengers 2005, Verburg 2005, Burger 2006, Duk 2006.

56. Kamerstukken II 2005-2006, 29 818, nr. 28.

57. Wet van 2 juli 1928, Stb. 216. Zie ook Boukema, Inleiding, p. 1.

58. Rapport-Verdam p. 66.

HOOFDSTUK 3

deze bevoegdheid uitgebreid naar de bij de onderneming betrokken vakorganisaties.⁵⁹

Bij de introductie van dit recht bestond aandacht voor internationale concern-verhoudingen. De SER⁶⁰ nam als uitgangspunt dat de Ondernemingskamer niet kon ingaan op verzoeken om een enquête in te stellen aangaande het beleid van een in het buitenland gevestigde vennootschap. Buitenlandse ondernemingen waren nu eenmaal niet aan de Nederlandse wetgeving onderworpen en zouden dus ook niet kunnen worden verplicht om door de werknemers verlangde informatie te verstrekken. Anderzijds was het duidelijk dat in Nederland wel een enquête zou kunnen worden gevraagd naar het beleid van een Nederlandse onderneming bij een dochteronderneming in het buitenland. Zo zou een enquête ingesteld kunnen worden naar de houding die een Nederlandse onderneming heeft ingenomen in een arbeidsconflict waarin een dochteronderneming in het buitenland verwickeld was geraakt.

In de jaren tachtig kwam dit thema weer aan de orde bij de herziening van het enquêterecht. De SER adviseerde onder meer over het toepassingsbereik van het recht van enquête, de enquêtebevoegdheid van de ondernemingsraad en de samenloop van het enquêterecht en artikel 26 WOR.⁶¹

Dit SER-advies heeft geleid tot een uitbreiding van het toepassingsbereik van het enquêterecht naar verenigingen en stichtingen met een ondernemingsraad. Toekenning van de enquêtebevoegdheid aan de ondernemingsraad werd (wederom) zowel door de SER als door de wetgever⁶² afgewezen. Wel overwoog de SER of het wenselijk was om in de wet de positie van de ondernemingsraad te versterken, bijvoorbeeld door een uitbreiding van de hoorplicht van de raad tot andere enquêtegerechtigden, toekenning van het recht om door de onderzoeker te worden gehoord of om inzage te krijgen in het enquêteverslag en de toekenning van het recht om, ingeval uit het enquêteverslag van wanbeleid blijkt, te worden gehoord door degenen die om voorzieningen willen verzoeken.⁶³ Die gedachten hebben echter niet tot concrete adviezen van de SER geleid. In de parlementaire geschiedenis is wel geopperd dat de Ondernemingskamer de mogelijkheid zou hebben om de ondernemingsraad te horen over het verzoek en eventueel over de te treffen voorzieningen. Eveneens zouden onderzoekers in het kader van hun taak de ondernemingsraad kunnen horen

59. Kamerstukken 1967-1968, 9596, nr. 3, p. 5.

60. SER-advies inzake het enquêterecht, uitgave van de Sociaal-Economische Raad, 1967, nr. 5 ('SER-advies Enquêterecht'), p. 8.

61. SER-advies inzake Wijziging van het enquêterecht, uitgave van de Sociaal-Economische Raad, 1988, nr. 14 ('SER-advies Wijziging enquêterecht').

62. Kamerstukken II 1991-1992, 22 400, nrs. 1-2.

63. SER-advies Wijziging enquêterecht, p. 71.

en zou de raad op de voet van artikel 31 WOR informatie over het onderzoek en ook het onderzoeksrapport (moeten) kunnen verkrijgen.⁶⁴ Een wettelijke regeling op dit punt werd niet nodig geacht.

In de discussie over de samenloop tussen de enquêteprocedure en de beroepsprocedure is een duidelijk onderscheid gemaakt naar de aard van die rechtsgangen. De beroepsprocedure op de voet van artikel 26 WOR richt zich specifiek op de met name genoemde besluiten van artikel 25 WOR. De enquêteprocedure geldt echter voor het beleid van de vennootschap als geheel. De SER wees bovendien op de verschillende rollen die de ondernemingsraad en de vakorganisaties in de behartiging van werknemersbelangen vervullen. Ook de wetgever zag onvoldoende aanleiding voor maatregelen om eventuele samenloop te voorkomen. Voorafgaand aan de wijziging van het enquêterecht in 2013 werd de mogelijkheid van toekenning van de enquêtebevoegdheid aan de ondernemingsraad (nogmaals) overwogen, maar uiteindelijk verworpen.⁶⁵

3.2 *Enquêterecht in concernverhoudingen*

In zijn advies uit 1989⁶⁶ is de SER ingegaan op problemen die in concernverhoudingen spelen. Hierin kwam naar voren hoe het enquêterecht werkt in de situatie waarbij werknemers in dienst zijn van een personeels-bv en getwijfeld moet worden aan de juistheid van het beleid bij een van de werkmaatschappijen. Voorts werd de situatie besproken waarin het beleid van de dochtervennootschap in sterke mate wordt bepaald door de moedervennootschap. De SER nam tot uitgangspunt dat de Ondernemingskamer alleen bij de rechtspersoon waaromtrent bevoegdelyk een enquête is verzocht een onderzoek zou kunnen gelasten. De SER constateerde dat de Ondernemingskamer zelf van een ruimere opvatting leek uit te gaan. Bovendien accepteerde de SER dat het beleid van de algemene vergadering mede onderwerp was van de enquête; in die zin was het beleid van de moedervennootschap dus al in de enquête betrokken. Vanuit dat uitgangspunt adviseerde de SER dat, ook wanneer werknemers in dienst zijn van een personeels-bv, de vakorganisaties de bevoegdheid hebben om een enquête te verzoeken naar zowel het beleid van de personeels-bv als van de

64. Kamerstukken II 1991-1992, 22 400, nr. 3, p. 5.

65. De vraag naar toekenning van de enquêtebevoegdheid aan de ondernemingsraad werd weer actueel na het verschijnen van het rapport van Cools e.a. 2009, waarin de onderzoekers constateerden dat de vakorganisaties weinig gebruik maakten van dit recht. Dit heeft de wetgever niet tot andere gedachten gebracht. Zie hierover in kritische zin o.a.: Willems 2010b, Bartman en Holtzer 2010.

66. SER-advies Aanvullend advies wijziging enquêterecht, 17 november 1989, nr. 21 ('SER-advies Concernverhoudingen').

HOOFDSTUK 3

relevante werkmaatschappijen waar zij in dienst zijn.⁶⁷ De juistheid van deze interpretatie is later in de parlementaire geschiedenis bevestigd.⁶⁸

Voor de concernenquête signaleerde de SER dat er onbevredigende situaties zouden kunnen ontstaan daar waar de vakorganisaties geen leden hebben bij de moedervernootschappen en aldaar geen enquête zouden kunnen verzoeken. Die situaties zouden zich vooral kunnen voordoen in gevallen waarin de moedervernootschap een dusdanig dominerende invloed uitoefent op de dochtervernootschap dat deze daardoor feitelijk in een positie van nagenoeg volledige afhankelijkheid van de moedervernootschap verkeert. Wanneer de moeder in die gevallen niet haar verantwoordelijkheden nakomt, zou het voortbestaan van de dochter en daarmee de werkgelegenheid van haar werknemers in gevaar kunnen komen. Een wetswijziging was volgens de SER niet nodig. Hier vond de SER voldoende mogelijkheden aanwezig om de rechter langs de band van het enquêterecht te laten concluderen dat de moeder zelf tezamen met de dochter de betrokken onderneming in stand hield.⁶⁹ De juistheid van deze interpretatie is eveneens in de parlementaire geschiedenis bevestigd.⁷⁰ Deze is bovendien door de wetgever verduidelijkt met een voorbeeld waarin een concernenquête in de ogen van de wetgever zonder meer gerechtvaardigd zou zijn. Dit zou zich voordoen in een situatie waarbij werkmaatschappijen door de moedermaatschappij in feite worden opgeheven doordat financiële en economische steun hun wordt onthouden. Dat betekent dat de wetgever de mogelijkheid tot een door de Ondernemingskamer te gelasten concernenquête uitdrukkelijk heeft willen sanctioneren.⁷¹

4 De structuurregeling

4.1 De introductie van de structuurregeling

Ten slotte komt in dit hoofdstuk de derde pijler onder de strategische medezeggenschap van werknemers aan de orde: de structuurregeling. Ook deze regeling is ontstaan uit het rapport-Verdam. De commissie-Verdam vond dat werknemers invloed zouden moeten kunnen uitoefenen op belangrijke vennootschappelijke bevoegdheden als de vaststelling van de jaarrekening en de benoeming van bestuur en commissarissen. Die invloed werd gerechtvaardigd

67. SER-advies Concernverhoudingen, p. 7.

68. Kamerstukken II 1991-1992, 22 400, nr. 3, p. 10.

69. SER-advies Concernverhoudingen, p. 12.

70. Kamerstukken II 1991-1992, 22 400, nr. 3, p. 10.

71. Deze leer is door de Hoge Raad bevestigd in HR 4 februari 2005, NJ 2005, 127 (Landis). Dit thema zal later in dit onderzoek aan de orde komen.

vanuit de gedachte dat werknemers evenzeer bij de onderneming betrokken waren als aandeelhouders.⁷²

In de kanalisering van die invloed werd de raad van commissarissen centraal gesteld. Dit toezichthoudende orgaan zou het werknemersbelang moeten meewegen, zonder overigens daardoor een rechtstreekse verantwoordingsplicht tegenover de werknemers te creëren.⁷³ De commissie-Verdam werd het echter niet eens over de wijze waarop de benoeming van de leden van de raad van commissarissen moest worden vormgegeven.

Dat laatste lukte de SER wel het advies Herziening ondernemingsrecht. Hierin deed de raad aanbevelingen tot het herzien van de structuur van de vennootschap, in die zin dat de rechtspositie van de werknemers bij de samenstelling van de raad van commissarissen gelijkwaardig zou moeten zijn aan die van de aandeelhouders. Het voornaamste oogmerk van de structuurregeling was het vergroten van de mogelijkheden om de leiding van de onderneming te beïnvloeden, teneinde de erkenning van de positie van de werknemers te effectueren en hun belangen te beschermen. Zo werd de wetgever geadviseerd een systeem te introduceren waarin de raad van commissarissen een centrale plaats werd toebedeeld in grote vennootschappen, gecombineerd met een uitbreiding van zijn taken en bevoegdheden. Deze raad zou zichzelf moeten aanvullen, waarbij de algemene vergadering en de ondernemingsraad een vetorecht toekwam. Binnen de raad zou spreiding van specifieke deskundigheid met een brede maatschappelijke ervaring en onafhankelijkheid tot stand moeten worden gebracht. De centrale positie van de raad van commissarissen kwam tot uitdrukking in de hem toe te kennen bevoegdheden bij benoeming van bestuurders, vaststelling van de jaarrekening en goedkeuring van belangrijke besluiten over de vennootschap en haar onderneming. Voor vennootschappen met een internationale structuur zou een uitzondering moeten worden gemaakt.

Deze hier in grote trekken beschreven systematiek is in wetgeving omgezet.⁷⁴ Daarbij is in de parlementaire geschiedenis gewezen op het toegenomen aantal beursvennootschappen dat een beroep deed op de kapitaalmarkt. Ook zonder beursnotering zou de leiding van de onderneming in toenemende mate de behoefte voelen minder afhankelijk te staan tegenover de aandeelhouders. De binding van aandeelhouders met de onderneming was afgenomen en de aandeelhouder kreeg volgens de wetgever meer de functie van belegger. Die ontwikkeling maakte dat de aandeelhoudersvergadering in de ogen van de wetgever niet de hoogste macht in de vennootschap was.

72. Rapport-Verdam, p. 23.

73. Rapport-Verdam, p. 25.

74. Kamerstukken II 1969-1970, 10 751, nr. 3, p. 6.

HOOFDSTUK 3

De wetgever deelde de opvatting van de SER dat de raad van commissarissen het beste orgaan was om de pluraliteit van deze belangen te stroomlijnen. Voor de positie van de factor arbeid zou een indirect medebeslissingsrecht de beste vorm zijn, waarna de raad van commissarissen een onafhankelijke positie zou moeten innemen van zowel werknemers als aandeelhouders.

Bij de introductie van de structuurregeling heeft de wetgever zich gerealiseerd dat het hier om een uniek systeem ging, dat in internationaal verband geen gelijke kende. Ook hier heeft de wetgever de wenselijkheid van vormgeving van structurele medezeggenschap afgewogen tegen ons vestigingsklimaat. De wetgever vond het niet aannemelijk dat het Nederlandse bedrijfsleven door de structuurwijziging ook economisch in een ongunstige positie zou komen te staan.⁷⁵

Op verschillende plaatsen is de noodzaak benadrukt van onafhankelijkheid van de raad van commissarissen. Deze onafhankelijkheid kon worden gewaarborgd door het beginsel van coöptatie, gecombineerd met het vetorecht vanuit aandeelhouders en de ondernemingsraad. Vertegenwoordiging van belangengroepen binnen de raad van commissarissen werd onwenselijk geacht.⁷⁶ Daarbij werd ook overwogen het aantal commissariaten per persoon te beperken. Die gedachte werd in de memorie van antwoord bij het wetsvoorstel verworpen:

“Hoeveel commissariaten iemand naar behoren kan vervullen, hangt geheel af van de zwaarte van de verschillende commissariaten, van de eigenschappen en bekwaamheden van de commissaris en van de andere functies die hij vervult. Men moet naar de mening van de ondergetekenden niet te spoedig spreken van een ongewenste cumulatie: juist de bekwaamsten zullen de meeste functies kunnen vervullen: veelzijdige ervaring en inzicht in verhoudingen doet men dikwijls op bij het vervullen van meer dan een functie.”⁷⁷

De structuurregeling was niet bedoeld als een regeling voor het door de raad van commissarissen afleggen van verantwoording aan de werknemers: het vennootschapsrecht regelt aan wie van de vennootschapsorganen de raad van commissarissen en het bestuur verantwoording zijn verschuldigd, en in welke vorm.⁷⁸ Centraal stond het beginsel van eenheid en collegialiteit binnen de raad

75. Kamerstukken II 1970-1971, 10 751, nr. 10, p. 7.

76. Kamerstukken II 1969-1970, 10 751, nr. 3, p. 9.

77. Kamerstukken II 1970-1971, 10 751, nr. 10, p. 7.

78. Kamerstukken II 1970-1971, 10 751, nr. 10, p. 11.

van commissarissen, met als doel de behartiging van het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.⁷⁹

4.2 *De wijziging van de structuurregeling*

Aan het einde van de twintigste eeuw is het functioneren van de structuurregeling onder druk komen te staan. De regeling was ontstaan als gevolg van juridische en maatschappelijke ontwikkelingen, waaronder de discussie over corporate governance in Nederland, beschermingsconstructies en de dertiende EG-richtlijn over het openbaar bod.⁸⁰ Meer in het algemeen werd de roep om een sterkere invloed van aandeelhouders luider.⁸¹ In 2001 adviseerde de SER over het functioneren van de structuurregeling en meende hij dat er aanleiding bestond om de benoemingsregeling van de raad van commissarissen te herzien.⁸²

Onder de noemer “onderwerpen die voor de raad niet ter discussie staan” formuleerde de SER een belangrijk uitgangspunt bij het advies. Hij memoreerde dat de centrale doelstelling van de structuurregeling was om de zeggenschap van werknemers te verankeren in de structuur van de grote onderneming door hun invloed toe te kennen op de samenstelling van de raad van commissarissen. De SER vervolgde: “De raad onderschrijft ook vandaag deze destijds aan de structuurregeling ten grondslag gelegde doelstelling. De medezeggenschap van de werknemers bij de samenstelling van de RvC van de structuurvennootschap is, naar de raad meent, een maatschappelijke verworvenheid die moet worden behouden. Ook in de huidige situatie, waarin de druk tot versterking van de positie van kapitaalverschaffers is toegenomen, dienen werknemers betrokken te zijn bij de samenstelling van het toezichthoudend orgaan van de grote onderneming.”⁸³ Er werd gezocht naar een nieuw evenwicht in de invloed van de algemene vergadering en de ondernemingsraad op de benoeming van de raad van commissarissen. Dit zou kunnen worden gevonden door het beginsel van coöptatie te verlaten en de bevoegdheid tot benoeming van commissarissen weer in handen van de algemene vergadering te brengen. Dat benoemingsrecht van de algemene vergadering ging gepaard met

79. SER-advies betreffende de samenstelling van toezichthoudende organen van grote naamloze en besloten vennootschappen, uitgave van de Sociaal-Economische Raad nr. 6, 13 april 1984 (‘SER-advies Raden van commissarissen’).

80. M. Brink, ‘De structuurregeling ter discussie’, in Brink e.a. 1998, p. 123. Hij verwijst naar P.C. van den Hoek, ‘De toekomst van de structuurregeling’, TVVS 92/11, p. 275.

81. De Nijs Bik 2004, p. 6.

82. SER-advies over het functioneren en de toekomst van de structuurregeling, uitgave van de Sociaal-Economische Raad 19 januari 2001, nr. 2 (‘SER-advies Structuurregeling’).

83. SER-advies Structuurregeling, p. 41.

HOOFDSTUK 3

het recht van versterkte aanbeveling van eenderde van de raad van commissarissen door de ondernemingsraad, waartegen de raad van commissarissen bezwaar zou kunnen maken.⁸⁴

Dit SER-advies vormde de basis voor de structuurwet zoals deze thans geldt. De wetgever onderschreef de visie van de SER dat ook in de huidige tijd de verplicht voorgeschreven vennootschappelijke structuur met een bestuursorgaan en een afzonderlijk toezichthoudend orgaan de beste waarborg vormde voor een goed functionerende bestuurlijke inrichting van grote ondernemingen. Daarnaast sloot de wetgever zich aan bij de visie van de SER dat de structuurregeling, naast de invloed van kapitaalverschaffers, ook de zeggenschap van werknemers moest (blijven) verankeren. De structuurregeling zoals die thans luidt is enerzijds bedoeld om een grotere rol te creëren voor de algemene vergadering van aandeelhouders en de ondernemingsraad bij de benoeming van de leden van de raad van commissarissen, maar anderzijds om de versterking van de positie van kapitaalverschaffers in het algemeen te bewerkstelligen. Uit empirisch onderzoek concludeerde de wetgever dat het ook in 2004 aannemelijk kon worden geacht dat de structuurregeling door internationale ondernemingen niet zo negatief werd beoordeeld als wel was verondersteld.⁸⁵ Zo koos de wetgever, dertig jaar na de invoering van de structuurregeling, nadrukkelijk voor handhaving van de kernbepalingen van deze vorm van medezeggenschap.⁸⁶

4.3 *Concernrelaties en internationale verhoudingen*

Onverkorte toepassing van de structuurregeling in concernverband zou tot problemen kunnen leiden. Een belangrijke bevoegdheid, namelijk het benoemen en ontslaan van bestuurders, behoort in een structuurvennootschap toe aan de raad van commissarissen, niet aan de algemene vergadering van aandeelhouders. Wanneer alle dochtervennootschappen die binnen de criteria van de structuurregeling vallen daaraan zouden moeten voldoen, heeft de moedervennootschap niet langer de mogelijkheid om het bestuur van de dochter te dwingen zich aan het concernbeleid te houden. Volledige vrijstelling van die dochtervennootschappen zou ertoe leiden dat de structuurregeling zijn karakter verliest als werknemers van het concern geen invloed hebben op het niveau waar de structuurregeling toegepast wordt. De wetgever heeft deze spanning onder ogen gezien en een systeem van vrijstellingen en beperkingen van de structuurregeling ontworpen.

84. SER-advies Structuurregeling, p. 52.

85. Kamerstukken II 2001-2002, 28 179, nr. 3, p. 6.

86. Kamerstukken II 2001-2002, 28 179, nr. 3, p. 16. Zie Bannier 2003 en Witteveen 2003.

In de kern houdt dit systeem in dat het concern op holdingniveau aan de structuurregeling wordt onderworpen en de dochtervennootschappen kunnen worden vrijgesteld, mits aan hun ondernemingsraden bevoegdheden toekomen voor de positie van commissarissen bij de holding. Voor internationale concerns gelden specifieke beperkingen – afhankelijk van de vraag of de topholding in het buitenland is gevestigd of in Nederland. De buitenlandse holding valt niet binnen de Nederlandse wet, en haar Nederlandse dochtervennootschappen behoren nu eenmaal tot de internationale groep. De wetgever vond het onwenselijk als het voor buitenlandse ondernemingen onaantrekkelijk zou worden hier dochterondernemingen te vestigen, omdat het hun praktisch onmogelijk zou worden gemaakt een centraal beleid te voeren.⁸⁷ Ook voor een internationaal vertakt concern waarover een in Nederland gevestigde topholding de centrale leiding uitoefent, is het de vraag of het gerechtvaardigd is dit onder de structuurregeling te laten vallen. De Nederlandse wet kan geen regels over buitenlandse rechtspersonen geven, en evenmin over ondernemingsraden naar buitenlands recht, gesteld dat een dergelijk medezeggenschapsorgaan in de betreffende jurisdictie al bestaat.

Wanneer een vennootschap behoort tot een internationaal concern kan dit voor de toepassing van de structuurregeling twee gevolgen hebben. Als zij tot de top van het concern behoort, kan zij onder een vrijstelling van het structuurregime vallen; dit werk ik onder nummer 4.4 uit. Is de vennootschap een dochtermaatschappij in een internationaal concern, dan kan zij in aanmerking komen voor de toepassing van het verlicht regime (zie nummer 4.5).

4.4 *De vrijstellingen*

Drie categorieën vennootschappen zijn vrijgesteld van toepassing van de structuurregeling: (1) afhankelijke maatschappijen van structuurvennootschappen (de dochtervrijstelling),⁸⁸ (2) holdingvennootschappen van internationale concerns en financierings- of servicemaatschappijen van dergelijke concerns (de holdingvrijstelling)⁸⁹ en (3) joint ventures van samenwerkende structuurvennootschappen (de jointventurevrijstelling).⁹⁰

De *dochtervrijstelling* geldt voor naamloze en besloten vennootschappen die een afhankelijke maatschappij zijn van een structuurvennootschap.⁹¹ Het effect

87. Kamerstukken II 1969-1970, 10 751, nr. 3, p. 14.

88. Thans: artikel 2:153/263 lid 3 onder a BW.

89. Thans: artikel 2:153/263 lid 3 onder b en c BW.

90. Thans: artikel 2:153/263 lid 3 onder d BW.

91. Gezien het onderwerp van dit onderzoek gebruik ik hier de term ‘structuurvennootschappen’. Ook andere rechtspersonen kunnen onder het structuurregime vallen.

HOOFDSTUK 3

van deze vrijstelling is dat op zo'n vennootschap niet de plicht rust om op te geven dat aan de criteria van kapitaalomvang, werknemersaantal en instelling van een ondernemingsraad wordt voldaan,⁹² en dat daardoor de structuurregeling slechts op één niveau binnen het concern wordt toegepast. De centrale leiding over het concern kan zo niet door toepassing van het structuurregime op dochterniveau worden doorkruist. Aan de andere kant wordt de invloed van de ondernemingsraad op de samenstelling van de raad van commissarissen in beginsel op het hoogste niveau van het concern gevoeld. Dat laatste is overigens pas een voordeel voor de werknemers wanneer de raad van commissarissen van de moedervernootschap niet alleen toezicht houdt op het beleid van de moeder zelf, maar op het gehele concernbeleid.⁹³

De *holdingvrijstelling* geldt wanneer een holdingvennootschap aan twee voorwaarden voldoet: de vennootschap beperkt haar werkzaamheden tot beheer en financiering van de concernactiviteiten, en het concern waarvan ze deel uitmaakt, is in overwegende mate buiten Nederland actief. Voor dit laatste geeft de wet een getalscriterium: de holdingvennootschap heeft pas een internationaal karakter als de werknemers in dienst van de vennootschap en de groepsmaatschappijen in meerderheid buiten Nederland werkzaam zijn.⁹⁴

De *jointventurevrijstelling* ten slotte geldt voor samenwerkingsverbanden tussen twee of meer ondernemingen die gericht zijn op gemeenschappelijke verrichtingen van een bepaalde economische activiteit. Kenmerkend voor de joint venture is de zelfstandigheid van de deelnemende vennootschappen. De verhouding tussen de deelnemers wordt vaak geregeld in een jointventureovereenkomst, maar dat is niet vereist. De vrijstelling geldt voor joint ventures van samenwerkende structuurvennootschappen die gezamenlijk ten minste de helft van het geplaatste kapitaal van de joint venture verschaffen.

4.5 *Het verlicht regime*

Naast de zojuist behandelde algehele vrijstellingen van het structuurregime heeft de wetgever ook voorzien in een beperkte versie daarvan, het verlicht regime. Samengevat gelden de vrijstellingen voor dochtermaatschappijen van ieder concern, rechtspersonen naar buitenlands recht en in Nederland gevestigde holdingvennootschappen die ondernemingen onder zich hebben welke in hoofdzaak buiten Nederland werkzaam zijn; hetzelfde geldt voor de interne

92. Artikel 2:153/263 lid 3 BW.

93. Bartman/Dorresteyn 2013, p. 137.

94. Voor een uitwerking van de wettelijke getals- en toerekeningscriteria verwijs ik naar Honée 1981, p. 60 e.v.

dienstverlenende vennootschappen van een concern. De Nederlandse werkmaatschappijen van een buitenlands concern of van een in Nederland gevestigde internationale holding vallen in beginsel wel onder de structuurregeling, zij het in beperkte vorm. De verlichting van het structuurregime bestaat daarin dat de beslissende zeggenschap (de bevoegdheid om bestuurders te benoemen en te ontslaan) in handen blijft van de algemene vergadering van aandeelhouders, als gevolg waarvan de mogelijkheid tot het voeren van centraal beleid bij de holdingvennootschap blijft.

Voor het verlicht regime komen vennootschappen in aanmerking waarin voor ten minste de helft van het geplaatst kapitaal wordt deelgenomen door (1) een vennootschap waarvan de werknemers in meerderheid buiten Nederland werkzaam zijn (internationale vennootschap) of afhankelijke maatschappijen daarvan, (2) een joint venture van internationale vennootschappen of afhankelijke maatschappijen daarvan of (3) een joint venture van een of meer internationale vennootschappen met een of meer structuurvennootschappen of afhankelijke maatschappijen daarvan.⁹⁵ Het verlicht regime geldt niet indien de werknemers van de vennootschap tezamen met die van de deelnemende rechtspersonen in meerderheid in Nederland werkzaam zijn.⁹⁶ Indien de meerderheid van het concern totaal van de werknemers binnen Nederland werkt, is het verlicht regime dus niet van toepassing.

Wanneer een holdingvennootschap van een internationaal concern is vrijgesteld van de structuurregeling, houdt dit in dat de in Nederland gevestigde dochtervennootschappen aan het verlicht regime van de structuurregeling onderworpen zijn voor zover zij voldoen aan de toepassingscriteria. De vrijstelling van de holdingvennootschap zal gelden omdat op haar als buitenlands rechtspersoon of als in Nederland gevestigde holdingvennootschap van een internationaal concern de holdingvrijstelling van toepassing zal zijn. Voor de dochtervennootschappen van die holding geldt de dochtervrijstelling niet, omdat niet is voldaan aan het vereiste dat de holding een structuurvennootschap is. Om te voorkomen dat voor alle dochters de structuurregeling van toepassing is, hebben veel internationale concerns hun deelnemingen in Nederlandse dochters ondergebracht in een vennootschap, een subholding. Op deze subholding wordt de structuurregeling toegepast, als gevolg waarvan de Nederlandse dochtervennootschappen nu wel zijn vrijgesteld omdat zij een afhankelijke maatschappij vormen van een structuurvennootschap. Dit wordt wel de 'Nederland-constructie' genoemd. Door een vennootschap als subholding tussen de (buitenlandse) moedervernootschap en de Nederlandse werkmaatschappijen te schuiven, kan worden bereikt dat de toepasselijkheid van de structuurregeling

95. Artikel 2:155/265 lid 1 onder a tot en met c BW.

96. Artikel 2:155/265 lid 2 BW.

HOOFDSTUK 3

op deze subholding wordt beperkt en dat alle grote dochtervennootschappen, die anders aan het structuurregime zouden voldoen, zijn vrijgesteld. Het gevolg van deze constructie is dat slechts op het niveau van de subholding een raad van commissarissen met structuurbevoegdheden moet worden ingesteld. Wanneer die raad van commissarissen geen wezenlijke rol krijgt in het concernbeleid, betekent dit een uitholling van de medezeggenschap op grond van de structuurregeling.⁹⁷ De wetgever heeft overigens met de Nederland-constructie rekening gehouden en deze zelfs als de meest praktische oplossing aanbevolen.⁹⁸

In het systeem van de vrijstellingen en het verlicht regime komt het compromiskarakter van de structuurregeling tot uitdrukking. De wetgever heeft bij de toekenning van structurele medezeggenschapsrechten aan werknemers rekening gehouden met het belang van internationale concerns om leiding te geven aan de groep en met het vestigingsklimaat van Nederland. Dat maakt toepasselijkheid van het volledige structuurregime tot een voornamelijk nationale aangelegenheid.

5 Overgang naar het volgende deel

De hier behandelde parlementaire geschiedenis brengt mij tot twee afsluitende observaties.

De eerste is dat de ondernemingsraad door de wetgever centraal is gesteld bij de uitoefening van de medezeggenschap van werknemers over de strategie. De wetgever heeft voorzien in ruime informatie- en overlegbevoegdheden voor de ondernemingsraad en deze versterkt met het beroepsrecht over adviesplichtige besluiten. Dat adviesrecht is door de wetgever ook daadwerkelijk bedoeld als instrument voor werknemers tot beïnvloeding van strategische besluiten, zij het dat het hier niet gaat om onbegrensde bevoegdheden. De in artikel 25 WOR genoemde besluiten zijn limitatief bedoeld en in beginsel zou daarbuiten geen adviesrecht moeten bestaan, interpretatiekwesaties daargelaten. De ondernemingsraad heeft geen adviesrecht over voorgenomen strategisch beleid. De vrijheid van de ondernemer is gewaarborgd doordat de rechter de besluitvorming marginaal toetst. In die begrenzing ligt ook de rechtvaardiging van het unieke systeem van medezeggenschap dat Nederland jegens andere landen heeft.

De centrale positie van de ondernemingsraad bij de strategie is bevestigd in de structuurregeling. Ook hier is het de ondernemingsraad die, op basis van een

97. Bartman/Dorresteyn 2013, p. 148.

98. Kamerstukken II 1969-1970, 10 751, nr. 3, p. 14.

versterkt aanbevelingsrecht, invloed heeft op het toezichthoudend orgaan van de vennootschap. De vakorganisaties zijn door de wetgever aangewezen als de partij die namens de werknemers moet ingrijpen in min of meer extreme gevallen van (vermoedens van) onjuist beleid. Zulk ingrijpen moest volgens de wetgever in beginsel van buiten de onderneming komen.

Een tweede observatie is dat de politieke wil om tot een fundamentele wijziging van het Nederlandse systeem van medezeggenschap te komen in beginsel lijkt te ontbreken, althans dat deze bereidheid tot op heden afwezig is geweest. Sinds de tweede helft van de twintigste eeuw hebben zich noch in de WOR, noch in het enquêterecht, noch in de structuurregeling fundamentele systematische wijzigingen voorgedaan. Voorstellen tot vermeerdering of vermindering van de bevoegdheden van de in die wetten genoemde partijen zijn tot nu toe steeds gestrand.

Tegen de achtergrond van de bedoeling van de wetgever stel ik vragen over de wijze waarop het systeem van medezeggenschap nu werkt en hoe het misschien zou moeten werken. Welke juridische mogelijkheden en beperkingen hebben werknemers om de strategie van de Nederlandse onderneming, het Nederlandse internationale concern en het buitenlandse internationale concern te beïnvloeden? Daarover gaat het volgende deel.

Hoofdstuk 4. De invloed van de ondernemingsraad op de strategische beleidsvorming

1 De medezeggenschapsrechtelijke driedeling in het Nederlandse bedrijfsleven

De vorming van het strategisch beleid, zo beschreef ik in hoofdstuk 2, komt in vier fasen tot stand: het maken van de preliminaire analyse (fase 1), het opstellen van een strategisch ontwerp (fase 2), het uitwerken van een operationeel ontwerp (fase 3) en de implementatie (fase 4).¹ De ondernemingsraad komt in de regel pas in beeld aan het einde van de tweede of het begin van de derde fase, wanneer de strategische beleidsvorming zich heeft vertaald naar een of meer concreet voorgenomen besluiten.

In internationale verhoudingen komt betrokkenheid van de Nederlandse ondernemingsraad vaak op een nog later tijdstip tot stand, te weten in de implementatiefase, als de concernleiding het strategisch beleid al heeft gevormd en dit beleid heeft vertaald in besluiten en in een opdracht aan het bestuur van de Nederlandse dochter om tot uitvoering van die besluiten over te gaan. De rol van de ondernemingsraad is dan, waar het om adviesplichtige besluiten gaat, in beginsel beperkt tot medezeggenschap over de (personele) consequenties van die besluiten.

Het uitoefenen van invloed op de strategische beleidsvorming houdt in dat de mogelijkheid bestaat om de gedachten, opvattingen en handelingen van de concernleiding of het bestuur van de vennootschap te veranderen of bij te stellen. Wanneer een gedachtewisseling over het strategisch beleid pas plaatsvindt nadat het beleid zich heeft vertaald in besluiten, komt deze in zijn algemeenheid te laat. De concernleiding heeft dan het proces doorlopen waarin informatie is verzameld, een analyse is gemaakt, relevante spelers zijn geïdentificeerd, een beeld is gevormd over de toekomstige ontwikkelingen van de onderneming en bepaald is welke strategische actie hieruit moet voortvloeien. Die overwegingen hebben bovendien al geleid tot het maken van een strategisch ontwerp, waarbij verschillende alternatieven zijn afgewogen, koppeling van besluiten heeft plaatsgevonden en een analyse van de uitwerking van de besluitvorming is gemaakt. Wanneer die stappen zijn gezet, is het voor

1. Hoofdstuk 2, nr. 2.

HOOFDSTUK 4

werknemers moeilijk om de ondernemer nog op andere gedachten te brengen. Pogingen om werkelijke invloed op het strategische besluitvormingsproces uit te oefenen zouden dus gericht moeten zijn op de mogelijkheid door te dringen in de eerste of tweede fase van het proces.

Invloed wordt niet alleen via juridische middelen geëffectueerd. Integendeel: ik beschouw het afdwingen van invloed langs juridische weg als een laatste redmiddel, dat bovendien niet in alle gevallen effectief is. Invloed uitoefenen vereist soms een zekere mate van wederzijdse welwillendheid en vertrouwen. Uit onderzoek blijkt dat medezeggenschap in Nederland het best werkt wanneer het bestuur de meerwaarde van de betrokkenheid van werknemers inziet en de ondernemingsraad in staat is om zich als volwaardige gesprekspartner op strategisch terrein op te stellen.² Invloed komt deels tot stand doordat de tijd wordt genomen om tot een open gedachtewisseling te komen, informatie uit te wisselen en de argumenten van betrokken partijen af te wegen. Naarmate het niveau waarop de besluitvorming plaatsvindt verder verwijderd is van de onderneming waaraan de betrokken werknemers verbonden zijn, nemen de mogelijkheden om daadwerkelijk invloed uit te oefenen af. In internationale concernstructuren lopen de belangen van de concernleiding en die van de werknemers uiteen: het belang van de concernleiding is internationaal en dat van de werknemers lokaal. In die situatie staan de werknemers vaak op een te grote afstand van de concernleiding. Die laatste heeft niet altijd de wens of de belangstelling om zich gedetailleerd in het lokale belang te verdiepen; in veel gevallen is dat ook niet haar taak. In andere gevallen lopen de belangen van bestuur en ondernemingsraad te veel uiteen; (informeel) overleg mist dan vaak het gewenste effect en juridische middelen zijn nodig om de besluitvorming richting te geven.

De effecten van de internationalisering van het Nederlandse bedrijfsleven zijn moeilijk direct te meten. Volgens Looise en Drucker zijn er wel sterke indicaties dat dit effect heeft op de invloed van ondernemingsraden.³ Ondernemingsraden van dochtermaatschappijen van buitenlandse internationale concerns rapporteerden een lagere invloed op *alle* beleidsterreinen dan in andere ondernemingen. Ondernemingsraden van de Nederlandse tegenhangers rapporteerden een lager niveau van invloed op het strategisch beleid, terwijl hun invloed op organisatorisch en personeelsbeleid gemiddeld was. Ondernemingsraden van dochtervennootschappen van voornamelijk nationale concerns rapporteerden een bovengemiddelde invloed op het algemene en het strategisch beleid.

2. Van het Kaar en Looise 1999, p. 109 e.v., Huijgen e.a. 2007, p. 38, Karel 2009, p. 12.

3. Looise en Drucker 2003, p. 401; zie ook Van het Kaar en Looise 1999, p. 37.

Looise en Drucker constateren dat, waar een organisatie de internationale activiteiten uitbreidt, de invloed van de ondernemingsraad op het strategisch beleid afneemt. Wanneer de onderneming deel uitmaakt van een buitenlands internationaal concern is die invloed het laagst. Internationalisering heeft volgens hun gegevens dus een negatief effect op de invloed van de raad op het strategisch beleid, zodanig dat een driedeling ontstaat:

1. ondernemingsraden van nationale concerns zijn het sterkst betrokken bij het besluitvormingsproces en worden meer gezien als institutie waarmee kan worden samengewerkt en die betrokken kan worden in alle fasen van dat proces;
2. ondernemingsraden van Nederlandse internationale concerns zijn minder geïntegreerd dan de gemiddelde ondernemingsraad: zij fungeren vaker als communicatiekanaal dan als partner bij het besluitvormingsproces, maar zijn geregeld betrokken bij alle fasen van dat proces;
3. ondernemingsraden van dochtervennootschappen van buitenlandse internationale concerns zijn verreweg het minst geïntegreerd in het besluitvormingsproces: de invloed van deze ondernemingsraden wordt beperkt tot toetsing achteraf van besluiten, en zij zijn in de helft van de situaties in het geheel niet betrokken bij het besluitvormingsproces.

Looise en Drucker concluderen dat waar de organisatie zich verwijderd van de nationale context, de invloed van de ondernemingsraad op het strategisch beleid afneemt of zelfs geheel verloren gaat.

In een onderzoek uit 2007 komen Van Ees e.a. tot vrijwel gelijklopende conclusies. Ook zij stellen vast dat binnen het Nederlandse bedrijfsleven een driedeling plaatsvindt, waarbij in buitenlandse internationale concerns de medezeggenschap op landelijk niveau in een zeker vacuüm terechtkomt en de strategie bepaald wordt vanuit het buitenland, zonder aansluiting van de medezeggenschap. Wel is sprake van operationele medezeggenschap op onderdelen of op lokaal niveau in Nederland.⁴ De betekenis daarvan is sterk afhankelijk van de macht van de Nederlandse bestuurder in het concern. Ook bij Nederlandse internationale concerns kost het de medezeggenschap grote moeite om bij de strategie betrokken te zijn en bestaat een tendens tot opsplitsing in strategische en operationele medezeggenschap, waarbij vooral op dat laatste terrein betrokkenheid bestaat.

In dit hoofdstuk zal ik mij richten op de mogelijkheden die de ondernemingsraad heeft om tot beïnvloeding van de strategische beleidsvorming te komen. Ik

4. Van Ees e.a. 2007, p. 43 e.v.

HOOFDSTUK 4

zal dit doen aan de hand van de zojuist beschreven medezeggenschapsrechtelijke driedeling binnen het Nederlandse bedrijfsleven: Nederlandse concerns en ondernemingen, Nederlandse internationale concerns en buitenlandse internationale concerns met belangen in Nederland. Ik zal per onderdeel bezien hoe de vorming van de strategie plaatsvindt, hoe de informatievoorziening aan en het overleg met de ondernemingsraad verlopen, welke rechtsmiddelen bestaan om een oordeel over de beleidsvorming te krijgen en welke evaluatie aan dit alles kan worden verbonden.

2 Nederlandse concerns en ondernemingen

2.1 *Strategievorming door het bestuur van de Nederlandse onderneming*

De eerste categorie van de medezeggenschapsrechtelijke driedeling in het Nederlandse bedrijfsleven betreft het Nederlandse concern of de Nederlandse onderneming; ik spreek hierna over de “Nederlandse onderneming”. Hiermee doel ik op ondernemingen waarvan de activiteiten beperkt zijn tot het Nederlandse grondgebied, ook al zijn de aandelen van de vennootschap die de onderneming drijft in handen van een of meer buitenlandse partijen. Binnen deze categorie valt een veelheid aan ondernemingen, variërend van Nederlandse beursvennootschappen tot ondernemingen in het midden- en kleinbedrijf.

Hierboven refereerde ik aan sociologisch onderzoek, waarin wordt geconcludeerd dat de invloed van werknemers binnen de Nederlandse onderneming relatief sterk is. Wellicht doelen de onderzoekers hier op de uitoefening van het adviesrecht. Het is de vraag of daarmee ook de stelling juist is dat werknemers van de Nederlandse onderneming een sterke mate van invloed hebben op de vorming van het strategisch beleid. Vaak komt de beleidsvorming van de Nederlandse onderneming op vergelijkbare wijze tot stand als bij internationale concerns, op afstand van de ondernemingsraad. In sommige gevallen zal de structuur van het besluitvormingsproces eenvoudiger en in minder fasen verlopen dan bij internationale concerns het geval is. Dat neemt niet weg dat ook bij Nederlandse ondernemingen beleidsvorming in beginsel plaatsvindt in het bestuur, waar aanwezig gecontroleerd door de raad van commissarissen of niet-uitvoerende bestuurders, zonder dat werknemers in het begin van de beleidsvormende fase worden betrokken. Deze gang van zaken past in de bevoegdheidsverdeling die volgt uit het Nederlandse ondernemingsrecht en de door de Hoge Raad bevestigde autonomie van het bestuur bij de bepaling van de strategie.

De relatief geringere complexiteit van het besluitvormingsproces binnen nationale ondernemingen zal soms wel kunnen bevorderen dat de ondernemingsraad eerder of in meer gevallen aan bod komt. Bij internationale concerns

wordt de afstand tussen onderneming en werknemers mede bepaald door het gegeven dat de concernleiding de vrijheid heeft het internationale concernbeleid op zodanige wijze te bepalen, dat dit min of meer eenvormig in de lokale jurisdicties kan worden uitgevoerd. Dat argument komt minder gewicht toe wanneer het beleid beperkt blijft tot Nederland. Daarnaast zal in praktische zin het contact tussen het bestuur en de leden van de ondernemingsraad makkelijker kunnen verlopen: binnen de Nederlandse verhoudingen kent men elkaar over het algemeen redelijk goed. De mate waarin de raad binnen een bepaalde onderneming in de besluitvorming wordt betrokken hangt zo mede af van zijn relatie met het bestuur en de houding die hij inneemt.

Het is moeilijk om algemene opmerkingen te maken over de strategievorming binnen de onderneming: er is geen *one size fits all*.⁵ De beleidsvorming verschilt sterk en is mede afhankelijk van de rechtsvorm en de structuur van de vennootschap, de vraag of er een toezichthoudend orgaan aanwezig is en of er in concernverband wordt geopereerd, zoals ik hierna bij de bespreking van de verschillende onderdelen van dit hoofdstuk aan de orde zal stellen. Daarnaast is het bestuursmodel van belang. De strategievorming binnen een vennootschap met een duaal stelsel verloopt anders dan binnen een one-tierbestuur, en ook binnen de stelsels zelf kunnen grote verschillen bestaan, mede als gevolg van de (statutaire) inrichting en verdeling van bevoegdheden. Als uitgangspunt geldt dat het toezicht binnen de vennootschap met duale structuur anders is ingericht dan in een monistisch model. Bij het one-tierbestuur bestaat in beginsel juridisch geen onderscheid tussen uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders. De niet-uitvoerende bestuurders zijn op gelijke wijze als de uitvoerende bestuurders verantwoordelijk voor het ontwikkelen van de strategie en het risicomanagement. Het sturen op het behalen van de daarin gestelde doelen is de verantwoordelijkheid van het uitvoerend bestuur, onder toezicht van de niet-uitvoerende bestuurders. Dit is anders bij bestuurders en commissarissen in een duaal model: daarin staat de raad van commissarissen op grotere afstand van het bestuur, krijgt hij minder informatie – en op een later tijdstip – dan niet-uitvoerende bestuurders, en is de scheiding tussen taken en verantwoordelijkheden in beginsel duidelijker.⁶ Bij enkele grote Nederlandse ondernemingen vervaagt dit verschil en stellen leden van de raad van commissarissen zich actief op, zodanig dat zij debatteren over de strategie. Deze praktijk, die niet gebaseerd is op de wet of governancecodes, wordt wel een one-and-a-half-tiersysteem genoemd.⁷ Voor het onderwerp van dit onderzoek is de positie van

5. Dumoulin 2005, Calkoen 2011, p. 67.

6. Timmerman 2009, p. 25, Dumoulin 2005. Zie Calkoen 2011, p. 329 voor een uitgebreid overzicht van verschillen tussen commissarissen en niet-uitvoerende bestuurders.

7. Calkoen 2011, p. 324. Hij noemt in dit verband ondernemingen als Philips, Shell, Unilever, Heineken, DSM en Akzo. Zie ook Schuit 2010, p. 41 e.v.

HOOFDSTUK 4

de door de ondernemingsraad versterkt aanbevolen commissaris of niet-uitvoerende bestuurder van belang, nu daar de vraag van werknemersinvloed op de strategievorming het sterkst naar voren komt. Dit komt hierna, bij de behandeling van de structuurregeling (nr. 2.4.3), aan de orde.

2.2 *Informatievoorziening*

In hoofdstuk 3 besprak ik de rechten die de wetgever aan de ondernemingsraad heeft gegeven om informatie te verkrijgen over het strategisch beleid van de ondernemer. In de praktijk vormt het tijdig verkrijgen van informatie een belangrijk onderwerp bij de uitoefening van medezeggenschapsrechten. De ondernemingsraad van de naamloze vennootschap wordt hierbij geholpen door de introductie van het standpuntbepalingsrecht.

Op 1 juli 2010 is de wet in werking getreden die de ondernemingsraad van de naamloze vennootschap het recht geeft zijn standpunt kenbaar te maken over een aantal belangrijke strategische besluiten.⁸ De raad heeft sindsdien het recht zich uit te spreken over (1) belangrijke bestuursbesluiten in de zin van artikel 2:107a BW, (2) benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders en commissarissen ingevolge artikel 2:134a en artikel 2:144a BW, (3) vaststelling van het bezoldigingsbeleid in de zin van artikel 2:135 BW, en (4) benoeming op voordracht van commissarissen in het structuurregime ingevolge artikel 2:158 BW. Deze standpuntbepalingsrechten vloeien voort uit het SER-advies Evenwichtig ondernemingsbestuur,⁹ zij zijn niet beperkt tot beursvennootschappen, maar gelden voor alle naamloze vennootschappen.

De gedachte achter het standpuntbepalingsrecht is dat aandeelhouders bij hun besluitvorming moeten kunnen beschikken over informatie die zo volledig mogelijk is. Hiertoe behoort dat aandeelhouders kennis kunnen nemen van meningen van de werknemers, zodat zij zicht kunnen krijgen op het draagvlak voor het te nemen besluit. De rechten doen geen afbreuk aan de uiteindelijke bevoegdheid van de aandeelhouders om besluiten te nemen.¹⁰ De regeling lijkt dus primair te zijn gericht op versterking van de positie van aandeelhouders, niet op die van de werknemers. De ondernemingsraad is niet verplicht om zijn standpunt te bepalen¹¹ en de algemene vergadering is niet verplicht om dit

8. Wet van 30 juni 2010 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de invoering van een recht voor de ondernemingsraad van naamloze vennootschappen om een standpunt kenbaar te maken ten aanzien van belangrijke bestuursbesluiten en besluiten tot benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders en commissarissen alsmede ten aanzien van het bezoldigingsbeleid, Stb. 2010, 250.

9. SER-advies Evenwichtig ondernemingsbestuur, p. 62.

10. Kamerstukken I 2009-2010, 31 877, C, p. 2.

11. Kamerstukken II 2008-2009, 31 877, nr. 3, p. 11.

standpunt, wanneer het wel is gegeven, te volgen. De wetgever heeft de rechten niet van sancties voorzien. Wanneer het standpuntbepalingsrecht wordt genegeerd, geldt de regel van artikel 2:135 lid 2, laatste zin, BW, dat het ontbreken van dat standpunt de besluitvorming inzake het bezoldigingsbeleid niet aantast. Dat betekent dat nietigheid en vernietigbaarheid op grond van artikel 2:14 BW of artikel 2:15 BW zijn uitgesloten.¹²

Ondanks dit gebrek aan sancties meen ik dat het standpuntbepalingsrecht waarde kan vertegenwoordigen. De rechten kunnen leiden tot nieuwe alertheid bij ondernemingsraden en tot een einde aan het debat over de vraag of de ondernemingsraad een rol heeft bij de totstandkoming van de besluiten waarover zijn standpunt moet worden verkregen. Bij vennootschappen die hechten aan zorgvuldige besluitvorming – en dat zal bij beursvennootschappen (vaak) het geval zijn – komt de betrokkenheid van de ondernemingsraad spontaan tot stand, aangezien de vennootschap het initiatief moet nemen tot het verkrijgen van zijn standpunt. Als gevolg daarvan kunnen werknemers soms in een vroegtijdig stadium betrokken raken bij de totstandkoming van het beleid. Daarom schaar ik het standpuntbepalingsrecht onder de informatie-rechten van de ondernemingsraad, omdat ik vind dat daarin de kern is gelegen: zo verkrijgen ondernemingsraden gegevens over aanstaande strategische ontwikkelingen die anders niet of pas in een later stadium met hen zouden worden gedeeld. Zij worden uitgenodigd over deze besluiten na te denken en daarover een standpunt te formuleren. In hoeverre die betrokkenheid dan leidt tot werkelijke invloed, hangt mede af van de houding van de raad zelf. Bij beursvennootschappen kunnen (institutionele) beleggers het standpunt van de raad betrekken in hun stemgedrag over het voorgestelde beleid.

Als gevolg van het standpuntbepalingsrecht heeft de ondernemingsraad daarnaast het recht om aanwezig te zijn op de algemene vergaderingen waarin die besluitvorming plaatsvindt (het spreekrecht). Daaruit volgt dat de algemene vergadering van naamloze vennootschappen – ook als zij niet beursgenoteerd zijn – wellicht een grotere dynamiek zal gaan kennen dan voorheen het geval was. Met name in die situaties waarin ontslag van een bestuurder¹³ of een significante opwaartse aanpassing van het bezoldigingsbeleid aan de orde is, kunnen spanningen ontstaan die nu ook tijdens de behandeling op een algemene vergadering tot uiting kunnen komen. Het recht van de ondernemingsraad tot het bijwonen van de algemene vergadering is beperkt tot die gedeelten waarvoor het standpuntbepalingsrecht geldt,¹⁴ maar hij kan zo informatie verkrijgen

12. Dit heb ik uitgewerkt in Holtzer 2010b.

13. Zie over de rol van de ondernemingsraad bij het ontslag van de bestuurder de annotatie van Verburg bij Kantonrechter Apeldoorn 20 juni 2008, JOR 2008/226 (Wegener).

14. Kamerstukken II 2008-2009, 31 877, nr. 3, p. 3.

HOOFDSTUK 4

over en deelnemen aan het debat over het strategisch beleid. Daarmee kan de discussie in de algemene vergadering in de praktijk scherper worden en leiden tot aanpassing van voorstellen van (of over) het bestuur, zeker wanneer de bezwaren van werknemers worden gedeeld of overgenomen door de aandeelhouders.

Het standpuntbepalingsrecht van de ondernemingsraad geldt overigens niet in zijn geheel voor de vennootschap die onderworpen is aan het volledige structuurregime, aangezien de besluitvorming over benoeming en ontslag van bestuurders bij de raad van commissarissen ligt. Bij het bezoldigingsbeleid is de algemene vergadering altijd het bevoegde orgaan. Voor de toepasselijkheid van dat recht maakt de structuur van de vennootschap dus niet uit.¹⁵

Het standpuntbepalingsrecht geldt niet voor de besloten vennootschap. De ondernemingsraad daarvan heeft – evenals die van de naamloze vennootschap – de algemene in de WOR genoemde informatierechten tot zijn beschikking, waaronder de bedrijfseconomische informatie op de voet van artikel 31 e.v. WOR en de informatie verkregen in een overlegvergadering op de voet van artikel 23 of 24 WOR. De ondernemingsraad die wil doordringen naar een eerdere fase in het besluitvormingsproces kan voorts een beroep doen op artikel 25 lid 1 sub n WOR, waarin is bepaald dat de ondernemer advies moet vragen voorafgaand aan het verstrekken en het formuleren van een adviesopdracht aan een externe deskundige buiten de onderneming betreffende een adviesplichtige aangelegenheid. Besluiten van ingrijpende aard worden vaak voorafgegaan door een dergelijke opdracht, bijvoorbeeld aan een strategische consultant of een *corporate-finance*-adviseur.¹⁶ Over deze wettelijke bepaling wordt relatief weinig geprocedeerd en de jurisprudentie vertoont een wisselend beeld.

In de zaak Vluchtelingenwerk¹⁷ leidde een aan Coopers & Lybrand, een accountantskantoor, verstrekte opdracht tot onder meer het opstellen van een concept voor de statuten, een sociaal plan en een bestuurlijke samenwerkingsovereenkomst, zonder meer tot het oordeel dat Vluchtelingenwerk bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het besluit tot het verstrekken

15. Zie over het standpuntbepalingsrecht bij totstandkoming van het bezoldigingsbeleid verder Holtzer 2012.

16. Duk wijst op jurisprudentie waarin het begrip ‘externe deskundige’ snel op bij de besluitvorming ingeschakelde personen wordt toegepast, zodanig dat daaronder onder meer ook medewerkers van een conserndienst vallen (Duk 2000b, p. 20, verwijzend naar OK 29 november 1984, NJ 1987, 991 en OK 21 juli 1983, NJ 1984, 776 m.nt. Maeijer). Hij meent dat de verplichting tot het vragen van advies niet geldt voor de inschakeling van een advocaat die adviseert over de aanpak van een in voorbereiding zijnde adviesprocedure.

17. OK 30 juli 1998, JAR 1998/197.

van deze opdracht had kunnen komen. Voorts legde de Ondernemingskamer Vluchtelingenwerk de verplichting op dit besluit in te trekken.

Dat laatste gebeurde niet bij de verstrekking van de opdracht door Duinwater-bedrijf Zuid-Holland aan organisatieadviesbureau GEA tot aanstelling van een interim-manager en het uitwerken van een aantal strategische scenario's.¹⁸ De Ondernemingskamer overwoog dat, nu dit besluit zonder voorafgaand advies was genomen, inderdaad tekort was gedaan aan de rechten en de belangen van de ondernemingsraad. Het voerde in de gegeven omstandigheden te ver om het onderzoek opnieuw te laten plaatsvinden. Daarbij nam de Ondernemingskamer in aanmerking dat de werknemers geen (duidelijke) bezwaren leken te hebben gehad tegen de opdracht aan GEA. Voorts ging de kamer ervan uit dat de ondernemer over de scenario's de discussie met de ondernemingsraad zou aangaan en daarbij rekening zou houden met de omstandigheid dat hij geen invloed had kunnen hebben op de formulering van de adviesopdracht. Om die reden werd het verzoek tot intrekking van het besluit niet toegewezen.¹⁹ Mocht dit laatste oordeel van de Ondernemingskamer de lijn in de jurisprudentie gaan bepalen, dan lijkt het adviesrecht bij de benoeming van een deskundige buiten de onderneming weinig handvatten te bieden voor pogingen het beleidsvormingsproces in een vroeger stadium te beïnvloeden. Het aantal uitspraken over dit recht is overigens nog te gering om hieruit algemene conclusies te trekken.

Bij de verstrekking van de wettelijk gespecificeerde informatie van artikel 31 e.v. WOR lijkt de rechter een ruimere opvatting te kiezen, vooral waar het gaat om de retrospectieve (financiële) informatie van de vennootschap of de groep waarvan deze deel uitmaakt. De ondernemingsraad kan deze informatie zo nodig afdwingen door, na bemiddeling en advies van de bedrijfscommissie, een procedure op de voet van artikel 36 WOR te voeren.

In de zaak Archer Daniels,²⁰ een verwerkingsbedrijf voor agrarische gewassen, oordeelde de kantonrechter dat artikel 31a WOR een vergaande informatieverplichting aan de ondernemer oplegt. De ondernemingsraad had aldus recht op de jaarrekening en het jaarverslag van de onderneming en, nu gebleken was dat sprake was van een groot aantal vennootschappen die opgenomen waren in de geconsolideerde verslaglegging, zodanige informatie dat de wederwaardigheden van de onderneming voor de raad navolgbaar waren. De ondernemer moest informatie verstrekken als ware de verslaggeving niet geconsolideerd. De

18. OK 9 juli 1998, JAR 1998/167.

19. Zie in vergelijkbare zin het oordeel van de Ondernemingskamer over de omvang van een adviesopdracht aan een externe deskundige OK 8 november 1990, ROR 1990/28 (BAT Nederland).

20. Kantonrechter Rotterdam, 23 april 2007, JAR 2007/152. Zie hierover Beltzer en Zaal 2008.

HOOFDSTUK 4

ondernemingsraad diende volgens de kantonrechter inzicht te hebben in de bijdrage van de onderneming aan het gezamenlijk resultaat van alle groepsvennootschappen, temeer nu het totaaloverzicht niet door een centrale of groepsondernemingsraad kon worden beoordeeld. Gelet op de weigerachtige houding van de ondernemer werd in die zaak een dwangsom verbonden aan de verplichting tot het verstrekken van de gevraagde financiële gegevens.

Het informatierecht van de ondernemingsraad is ook hier niet onbegrensd. Zo wees de kantonrechter een verzoek van de ondernemingsraad van vakorganisatie De Unie af dat tot doel had informatie te verkrijgen over afvloeiingsregelingen van leden van het managementteam.²¹ De kantonrechter toetste dit verzoek aan de hand van de vereisten van artikel 31d WOR en was van oordeel dat het managementteam als “groep” kon worden aangemerkt in de zin van dat artikel. Dat bracht mee dat ook de normen op het gebied van de privacy van de betrokken personen van toepassing waren. Aldus moest alleen informatie worden verstrekt over de financiële effecten van de afspraken en niet over alle details daarvan.

2.3 Overleg

Het overleg tussen het bestuur en de ondernemingsraad lijkt in de Nederlandse onderneming over het algemeen naar beider tevredenheid te verlopen.²² In 1999 onderzochten Van het Kaar en Looise de positie van de ondernemingsraad in het besluitvormingsproces.²³ Daaruit bleek dat een meerderheid van de ondervraagde bestuurders meende dat betrokkenheid van de raad leidde tot een grotere acceptatie van de besluitvorming bij werknemers, een betere vertegenwoordiging van het werknemersbelang en een zorgvuldigere besluitvorming. Dat de ondernemingsraad de bestuurder kan dwingen tot een zorgvuldiger besluitvormingsproces, is ook in andere bronnen terug te vinden.²⁴ Hieruit leid ik af dat de relatie tussen het bestuur en de ondernemingsraad enigszins is

21. Kantonrechter Tiel, 15 juli 2009, JAR 2009/212 m.nt. Knipschild.

22. In deze paragraaf bespreek ik de vraag of het overleg tussen het bestuur, de raad van commissarissen en de ondernemingsraad naar tevredenheid werkt. Over de voorwaarden die nodig zijn om werknemersinvloed een positief effect op de bedrijfsvoering te laten hebben, is nauwelijks onderzoek voorhanden (Wigboldus e.a. 2008, p. 8).

23. Van het Kaar en Looise 1999.

24. Wigboldus 2011, p. 157 e.v. en Wigboldus e.a. 2008, p. 8, waarin de bestuurder van de Duitse onderneming Bayer stelt: “The works council requires of us that we manage well.” Zie ook Duk 2000b, p. 13, die zich de volgende uitspraak van F. Koning herinnert: “De verhoudingen waren hier nu eenmaal zo dat je geacht werd instemmend te knikken als een of andere directeur je een idioot voorstel voorlegde. Met de wet van ‘79 is dat allemaal veranderd. Nu zeg je gewoon dat het natuurlijk een fantastisch plan is, maar dat je graag wilt weten hoe je het aan de ondernemingsraad moet verkopen. Dan hoor je er vervolgens meestal niets meer van.”

verbeterd vergeleken met het einde van de jaren zeventig en het begin van de jaren tachtig van de vorige eeuw, toen de verhoudingen tussen werknemers en ondernemers vooral door macht en conflict leken te worden gedomineerd.²⁵

De SER-commissie Arbeid, onderneming en medezeggenschap stelt dat in grote, complexe ondernemingen en in concerns het belang van de medezeggenschap op strategisch niveau toeneemt. De ondernemingsraad dient zich in die situaties proactief op te stellen en mee te bewegen met de veranderende omstandigheden en verhoudingen. Voorts wijst de SER-commissie op de noodzaak van het ontwikkelen van mogelijkheden als netwerken, informeel overleg en het zoeken van samenwerking.²⁶ Die proactieve opstelling lijkt volgens onderzoek van Karel te ontbreken.²⁷ Desondanks komt uit dat onderzoek naar voren dat de invloed van de ondernemingsraad tussen 1998 en 2008 is toegenomen. Ruwweg de helft van de ondervraagde bestuurders en ondernemingsraden was in 2008 van mening dat de raad veel tot zeer veel invloed op de besluitvorming had, tegenover een kwart in 1998. Onderzoek van Huijgen e. a.²⁸ geeft blijk van een relatief grote mate van tevredenheid van bestuurders over het functioneren van de ondernemingsraad: tweederde van de ondervraagde bestuurders beoordeelde dit als goed. Ruwweg 60% van de ondervraagde ondernemingsraadleden vond dat de bestuurders zich open en constructief opstelden. Deze tevredenheid wordt ook beschreven in het kabinetsstandpunt over medezeggenschap uit 2009, waarin wordt geconstateerd dat medezeggenschap en de ondernemingsraad als instituut breed zijn aanvaard, zowel door werknemers als door bestuurders. Het kabinet concludeerde dat de medezeggenschap in Nederland over het algemeen goed werkt en dat er geen redenen zijn om de WOR fundamenteel aan te passen.²⁹

Wanneer wordt gekeken naar de aard van het beleid waarover de ondernemingsraad wordt geconsulteerd, ontstaat een ander beeld. Uit de zojuist genoemde onderzoeken van Van het Kaar³⁰ en Huijgen³¹ blijkt dat ruwweg tweederde van de ondervraagde bestuurders en ondernemingsraden meent dat de raad nauwelijks invloed heeft op het strategisch beleid: het overleg gaat vooral over arbeidsvoorwaarden en -plaatsen. De verklaring die daarvoor meestal wordt gegeven is een gebrek aan belangstelling of deskundigheid bij

25. Zie Teulings 1981.

26. SER-commissie Arbeid, onderneming en medezeggenschap, Notitie consultatief overleg medezeggenschap, 21 september 2009, www.ser.nl.

27. Karel 2009, p. 12: 16% van de ondernemingsraden vindt zichzelf proactief, tegenover 6% van de ondervraagde bestuurders. In beide visies gaat het dus om zeer lage aantallen.

28. Huijgen e.a. 2007, p. 38.

29. Kamerstukken II 2009-2010, 29 818, nr. 32.

30. Van het Kaar e.a. 2006, p. 83.

31. Huijgen e.a. 2007, p. 18.

HOOFDSTUK 4

de ondernemingsraad op het terrein van strategische zaken. Ondeskundigheid is vooral te vinden in het midden- en kleinbedrijf, waar doorgaans de middelen ontbreken om de werknemers op te leiden of vrij te stellen. De overbelasting van ondernemingsraadleden staat volgens Van het Kaar e.a. op nummer één in de lijst met knelpunten in het functioneren van de ondernemingsraad. Mede als gevolg van het gebrek aan tijd en deskundigheid bij werknemers menen zowel bestuurders als ondernemingsraden dat slechts een kleine minderheid van de raden veel invloed heeft op het algemene of financieel-economische beleid; de helft of meer heeft op deze gebieden een geringe invloed. Minder dan de helft van de ondernemingsraden is betrokken bij alle stadia van het besluitvormingsproces in de onderneming. Een meerderheid van de raden meent dat hun rol bij “werkelijk belangrijke zaken” te gering is. Huijgen e.a. concluderen dat het bestuurder de belangrijkste troeven in handen heeft om het overleg goed te laten werken. De houding van het bestuur is volgens hen bepalend voor de kwaliteit en effectiviteit van het overleg met de ondernemingsraad.³²

Uit onderzoek blijkt dat het overleg tussen de raad van commissarissen en de ondernemingsraad relatief moeizaam verloopt. Honée stelde in 1986³³ vast dat het contactpatroon tussen de twee raden in de door hem onderzochte ondernemingen een vrij uniform beeld vertoonde. Vrijwel steeds bleek dat commissarissen zich in hun verhouding tot de ondernemingsraad terughoudend opstelden bij bestuurlijke aangelegenheden, ongeacht de frequentie van hun contacten. Dit werd onder meer gemotiveerd vanuit de taakstelling van de raad van commissarissen: het toezicht diende buiten het overleg met de ondernemingsraad plaats te vinden, overleg werd gevoerd door het bestuur, en de raad van commissarissen hoefde zich niet actief tegenover de ondernemingsraad te verantwoorden. Deze houding kwam tot uitdrukking in een geringe aanwezigheid van commissarissen bij overlegvergaderingen over adviesplichtige onderwerpen. Wanneer zij deze vergaderingen wel bijwoonden, stelden zij zich terughoudend op en voerden ze weinig het woord. In informele contacten voelden commissarissen zich vrijer. Honée constateerde dat de contacten tussen commissarissen en ondernemingsraad geen of nauwelijks invloed hadden op de inhoud van de door de raad van commissarissen genomen besluiten.³⁴ Hij wees voorts op het ontbreken van een wettelijke regeling over de procedure en de inhoud van contacten tussen commissarissen en de ondernemingsraad, waardoor dit aan de praktijk werd overgelaten.³⁵

32. Huijgen e.a. 2007, p. 66.

33. Honée 1986, p. 111 e.v.

34. Honée 1986, p. 99.

35. Honée 1986, p. 15.

Het beeld van terughoudendheid in het contact tussen raad van commissarissen en ondernemingsraad werd later bevestigd. In 1999 stelden Van het Kaar en Looise vast dat de verschijningsplicht van artikel 24 lid 2 WOR weinig werd nageleefd.³⁶ In 2007 leek de belangstelling van de raad van commissarissen voor de medezeggenschap enigszins te zijn toegenomen: tweederde van de ondervraagde raden van commissarissen gaf te kennen medezeggenschap van betekenis te vinden en bij belangrijke besluiten te informeren naar het standpunt van de ondernemingsraad.³⁷ De procedurele en inhoudelijke aspecten van de contacten tussen de twee partijen en de (mate van) invloed op de besluitvorming in de raad van commissarissen zijn in dat onderzoek niet aan de orde gekomen. Wel werd opgemerkt dat de bestuurder een bijdrage zou kunnen leveren door zelf het belang van medezeggenschap bij de raad van commissarissen onder de aandacht te brengen en te bevorderen dat er directe contacten tussen commissarissen en de raad plaatsvinden. Bij die laatste aanbeveling wezen de onderzoekers op de gevaren van contacten tussen individuele commissarissen en de ondernemingsraad. Deze contacten zouden niet mogen leiden tot een fractievorming binnen de raad van commissarissen en geen afbreuk mogen doen aan de norm dat commissarissen zich bij de vervulling van hun taak richten naar het belang van de vennootschap.³⁸ De ondernemingsraad zou volgens de onderzoekers, mogelijk in samenwerking met de bestuurder, het proces positief kunnen beïnvloeden door te werken aan zijn deskundigheid en strategisch inzicht.³⁹

Onderzoek van Van Beurden e.a. over gebruik van de rechten van de ondernemingsraad wijst uit dat tweederde van de onderzochte ondernemingsraden zelden of nooit gebruikmaakt van het (versterkte) recht van aanbeveling van commissarissen.⁴⁰ Ongeveer de helft van deze raden heeft geen betrokkenheid bij het opstellen van de profielschets van de raad van commissarissen. Uit datzelfde onderzoek blijkt dat een relatief grote groep (40%) altijd gebruikmaakt van het recht om in aanwezigheid van commissarissen de algemene gang van zaken te bespreken, en dat een gelijk percentage dit nooit of vrijwel nooit doet. Een hoog percentage (60%) van de ondervraagde ondernemingsraden voert dus weinig of onregelmatig overleg met de raad van commissarissen.⁴¹

36. Van het Kaar en Looise 1999, p. 61-62.

37. Huijgen e.a. 2007, p. 22. Zie ook De Bos en Lückérath 2008, p. 24, en De Bos en Lückérath 2009, p. 19.

38. Huijgen e.a. 2007, p. 71; Honée 1986, p. 18.

39. Huijgen e.a. 2007, p. 68.

40. Van Beurden e.a. 2009, p. 33.

41. Deze bevindingen hebben vooral betrekking op vennootschappen met een two-tierstructuur. Uit regelmatig onderzoek onder commissarissen blijkt overigens dat de meerderheid de voorkeur geeft aan het two-tier- boven het one-tierbestuursmodel (De Bos en Lückérath 2009, p. 24).

HOOFDSTUK 4

De relatief geringe aandacht voor de relatie tussen commissarissen en werknemers komt ook tot uitdrukking in een onderzoek naar de rol van institutionele beleggers jegens bestuur en commissarissen.⁴² De onderzoekers typeren de beursvennootschap als een samenspel van vele partijen, elk met een onderscheiden rol en belang. Zij roepen alle participanten op zich bewust te worden van de complexiteit van de situatie en van hun eigen rol in de context van het grotere geheel. De werknemers worden in deze benadering in het geheel niet genoemd, hetgeen in de literatuur op kritiek is gestuit.⁴³

2.4 *Rechtsmiddelen*

Waar het proces van informatievoorziening en overleg onvoldoende resultaat oplevert, ontstaan vaak conflicten. Deze doen zich met regelmaat voor tussen het bestuur en de ondernemingsraad, maar soms zijn ook andere belanghebbenden – aandeelhouders, de raad van commissarissen, de beoogde overnemer van de onderneming – betrokken.

Van Beurden e.a. hebben onderzocht in hoeverre er binnen Nederlandse (internationale) concerns sprake is van onderbenutting van medezeggenschapsrechten. De onderzoekers menen dat deze onderbenutting blijkt uit het geringe aantal zaken dat de afgelopen jaren bij de Ondernemingskamer in behandeling is geweest. Zij stellen dat er tot nu toe weinig gebruikgemaakt is van de beroepsprocedure van artikel 26 WOR: het aantal verzoekschriften op grond van het beroepsrecht bedraagt gemiddeld vijftig per jaar.⁴⁴ De onderzoekers onderscheiden onderbenutting van de situatie waarin werknemersvertegenwoordigers bewust geen gebruik maken van een bepaalde bevoegdheid. Hun belangrijkste conclusies zijn dat niet alleen het beroepsrecht, maar ook het standpuntbepalingsrecht en het enquêterecht in de praktijk van de ondernemingsraad nog te weinig ontwikkeld zijn, wegens onbekendheid met deze rechten.

In het navolgende onderdeel zal ik de drie belangrijkste rechtsmiddelen bespreken die centraal staan bij pogingen van ondernemingsraden om invloed op het strategisch beleid af te dwingen: het enquêterecht, het beroepsrecht en de structuurregeling. Daarin zal ik analyseren op welke wijze deze middelen door ondernemingsraden gebruikt (kunnen) worden om op enig moment invloed op de strategie te verkrijgen, en bezien of de stelling dat sprake is van onderbenutting van medezeggenschapsrechten juist is.

42. Kemna en Van de Loo 2009.

43. Grapperhaus 2010a.

44. Van Beurden e.a. 2009, p. 12.

2.4.1 Het enquêterecht

Het enquêterecht lijkt bij uitstek een geschikt middel om invloed op de strategie uit te oefenen: in de procedure staat het beleid van de vennootschap als geheel centraal, vergeleken met de beroepsprocedure van artikel 26 WOR, waarin het gaat om een – afgezonderd – strategisch besluit. Het enquêterecht kent daarnaast een aantal (onmiddellijke) voorzieningen, die het mogelijk maken rechtstreeks in te grijpen in het beleid of de organen die dat beleid bepalen. De ondernemingsraad heeft niet zelfstandig de bevoegdheid een enquêteverzoek in te dienen: deze kan hem bij statuten of overeenkomst worden toegekend (artikel 2:346 onder c BW). Mij zijn geen gevallen bekend waarin de raad deze bevoegdheid bij de statuten van de vennootschap heeft gekregen. Uit een aantal uitspraken blijkt op welke wijze de ondernemingsraad dit recht, na het bij overeenkomst te hebben verkregen, heeft kunnen benutten en welke effecten dit heeft gehad op het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

In de zaak Stichting Kinderopvang Nederland procedeerde de ondernemingsraad over een diepgaand geschil tussen het bestuur en de raad van commissarissen over een fusie, hetgeen leidde tot het gelasten van een onderzoek en de benoeming van een commissaris met doorslaggevende stem in de raad van commissarissen. In de zaak Smit Transformatoren,⁴⁵ een structuurvennootschap met een onderneming op het gebied van industriële transformatoren, ageerde de ondernemingsraad tegen het optreden van een Duitse investeringsmaatschappij over te betalen adviesvergoedingen, een voorgenomen ontslag van het bestuur en het optreden van de raad van commissarissen. In tegenstelling tot de zaak Stichting Kinderopvang Nederland werd in die procedure uitgebreid verweer gevoerd tegen de ontvankelijkheid van de ondernemingsraad. De Ondernemingskamer heeft dit verweer verworpen en overwoog onder meer dat aan het toekennen van de enquêtebevoegdheid aan de raad niet in de weg stond dat instelling van een ondernemingsraad gericht is op overleg met de ondernemingsleiding. Volgens de Ondernemingskamer pleitte de omstandigheid dat de raad ook het belang van de onderneming als zodanig in aanmerking dient te nemen juist voor toekenning van de enquêtebevoegdheid. Zij gelastte een onderzoek en benoemde, bij wijze van onmiddellijke voorziening, een door haar aangewezen commissaris tot voorzitter van de raad van commissarissen, schorste het besluit van de raad van commissarissen om één van de aan de Duitse investeringsmaatschappij gelieerde personen tot zijn voorzitter te benoemen en verbood de raad van commissarissen het bestuur te schorsen of te ontslaan.⁴⁶

45. OK 5 oktober 2005, JOR 2005/296 m.nt. Leijten.

46. Zie over deze zaak verder Van Gernerden 2006 en Zaal 2009.

HOOFDSTUK 4

Bij Sijthoff Planetarium, een onderneming die zich onder meer toelegde op de exploitatie van een filmtheater (Omniversum), was een interim-bestuurder aangesteld om Omniversum weer financieel gezond te maken. Daarbij waren afspraken gemaakt dat aandeelhoudster Sijthoff op afstand van de bedrijfsvoering zou blijven en zich niet zou inlaten met het bestuur van Omniversum. Sijthoff schond deze afspraak en sloot een raamovereenkomst met WMZ, een investeringsmaatschappij, die onder meer voorzag in de verkoop door Omniversum van zijn theatergebouw. De Ondernemingskamer overwoog dat de handelingen van Sijthoff niet alleen in strijd waren met de afspraken, maar bovendien een aantasting waren van de continuïteit van Omniversum en moesten worden gekwalificeerd als belangenvermenging. Volgens de Ondernemingskamer had Sijthoff ervoor gekozen om op eigen houtje, buiten het zicht van de andere stakeholders van Omniversum en met miskenning van hun belangen, zijn eigen, weinig concrete, plannen na te jagen. De schorsing van de interim-bestuurder werd daarom door de Ondernemingskamer ongedaan gemaakt en nieuwe, door Sijthoff benoemde bestuurders werden geschorst. Bovendien werd bij onmiddellijke voorziening eveneens de overdracht ten titel van beheer van de aandelen van Omniversum bevolen.⁴⁷

In de kwestie inzake de Amsterdamsche Huizenhandel en Administratiemaatschappij (AHAM), een vastgoedonderneming, werd de enquêtebevoegdheid niet aan een ondernemingsraad, maar aan een personeelsvertegenwoordiging toegekend. De door de personeelsvertegenwoordiging verzochte enquête leidde in de eerste fase tot het bevelen van een onderzoek en het treffen van onmiddellijke voorzieningen. De Ondernemingskamer overwoog dat de meerderheidsaandeelhoudster van AHAM op geen enkele manier duidelijk had weten te maken welke kritiek in redelijkheid kon worden geuit op het huidige bestuur en legde, bij wijze van onmiddellijke voorziening, het verbod op om tot ontslag over te gaan. Het cassatieberoep tegen deze beschikking werd door de Hoge Raad verworpen.⁴⁸ In zijn conclusie wijst advocaat-generaal Timmerman op het consultatiedocument ter voorbereiding op het wetsvoorstel wijziging enquêterecht, waarin de minister expliciet refereerde aan de mogelijkheid de bevoegdheid toe te kennen aan de ondernemingsraad, de Europese ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging, en waarin de minister overwoog om ook aan de vennootschap de bevoegdheid te geven om een enquête te verzoeken. In de tweedefasebeschikking⁴⁹ werden de verzoeken van de personeelsvertegenwoordiging afgewezen. De Ondernemingskamer overwoog dat uit

47. OK 5 augustus 2008, ARO 2008, 134 en OK 6 juli 2009, ARO 2009, 118.

48. HR 16 april 2010, JOR 2010/223 m.nt. Winters en Stegerhoek.

49. OK 12 januari 2010, JOR 2010/61 m.nt. De Bres.

het onderzoek een ander beeld naar voren kwam dan tijdens de eerstefasebeschikking het geval was en dat weliswaar een impasse was ontstaan, maar dat deze niet de kwalificatie van wanbeleid rechtvaardigde.

De Ondernemingskamer concludeerde tot afwijzing van een verzoek tot het gelasten van een onderzoek van de personeelsvertegenwoordiging van Van Seerden, een onderneming op het gebied van industriële verpakkingen, volgend op een haar door het bestuur van de vennootschap toegekende enquêtebevoegdheid. Ook hier was een geschil ontstaan over het ontslag van een bestuurder door de algemene vergadering en de benoeming van andere bestuurders. De Ondernemingskamer stelde vast dat de beantwoording van de vraag of er voldoende gewichtige redenen waren voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst tussen Van Seerden en zijn bestuurder was voorbehouden aan de gewone burgerlijke rechter. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer had de personeelsvertegenwoordiging onvoldoende aannemelijk gemaakt dat sprake was van handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid, of van een stuurlaas worden van de onderneming. De enkele omstandigheid dat de personeelsvertegenwoordiging het verzoek deed tot het instellen van een enquête werd door de Ondernemingskamer onvoldoende gevonden voor gegronde twijfel aan een juist beleid.⁵⁰ Daarbij was van belang dat de personeelsvertegenwoordiging was ingesteld door de bestuurder op een moment dat er reeds sprake was van een conflict, en dat bij de instelling van de vertegenwoordiging slechts een beperkt aantal werknemers was betrokken.⁵¹

Het beeld dat uit deze uitspraken ontstaat, is dat de rechter de interventie van de ondernemingsraad meestal in het belang van de vennootschap heeft geacht. Daarbij keek de Ondernemingskamer naar de positie die de raad innam en beoordeelde zij deze op onafhankelijkheid. Zaken als Stichting Kinderopvang Nederland, Smit Transformatoren en Sijthoff vormen voorbeelden van een gerechtvaardigd verzoek tot ingrijpen van de rechter, ook al was de bevoegdheid daartoe aan de ondernemingsraad gegeven door een orgaan – het bestuur – dat zelf onderwerp was van het geschil. De Ondernemingskamer heeft in geen van de hier besproken gevallen vastgesteld dat de ondernemingsraad lichtvaardig gebruikmaakte van de hem bij overeenkomst toegekende bevoegdheid. Integendeel, in de meeste gevallen heeft zijn verzoek geleid tot het treffen van

50. In vergelijkbare zin: OK 21 april 2010, ARO 2010, 66 (Pebblestone): de omstandigheid dat een aantal werknemers de onderneming had verlaten kon, bij gebrek aan aanwijzingen dat nog sprake is van een groot verloop onder het personeel, geen gegronde twijfel aan een juist beleid opleveren. Zie voorts OK 23 juni 2010, ARO 2010, 101 (Future Share): het enkele feit dat de ondernemingsraad het vertrouwen in het bestuur van de vennootschap heeft opgezegd wegens het gevoerde beleid is op zich onvoldoende reden om aan een juist beleid te twijfelen. Zie verder: Nunes en Zwemmer 2011, p. 72.

51. OK 15 april 2010, ARO 2010, 64.

HOOFDSTUK 4

ingrijpende maatregelen. Bij kleine ondernemingen, waar geen ondernemingsraad maar een personeelsvertegenwoordiging actief is, lijkt de Ondernemingskamer grotere terughoudendheid te betrachten. In die gevallen moet onder meer duidelijk zijn dat een groot deel van de werknemers achter het verzoek van de personeelsvertegenwoordiging staat.

2.4.2 Het beroepsrecht

Het beroepsrecht van de ondernemingsraad vormt de kern van de medezeggenschap bij strategische besluiten en misschien wel van het medezeggenschapsrecht in het algemeen. De wetgever heeft het adviesrecht van de ondernemingsraad bij strategische besluiten van artikel 25 WOR bewust voorzien van krachtige sancties, die overigens uniek zijn in Europa.⁵² Wanneer de ondernemingsraad oordeelt dat de ondernemer niet in redelijkheid tot het genomen besluit had kunnen komen, kan die laatste ertoe worden veroordeeld dat besluit in te trekken en de gevolgen daarvan ongedaan te maken. De wetgever heeft de beoordeling door de Ondernemingskamer tot marginale toetsing willen beperken en de kamer heeft daaraan in haar jurisprudentie gevolg gegeven. De nadruk ligt bij de uitoefening van het beroepsrecht op de procedurele aspecten van het adviestraject, waarbij het uitgangspunt is dat de ondernemingsraad in ruime mate in de gelegenheid moet worden gesteld om met de ondernemer van gedachten te wisselen over de inhoud en consequenties van het voorgenomen besluit, daarover voldoende informatie moet verkrijgen en binnen een redelijke termijn moet kunnen adviseren.

Schending van procedurele voorschriften leidt al snel tot de conclusie dat het besluit kennelijk onredelijk is, zoals de Ondernemingskamer vanaf haar eerste beschikking over het beroepsrecht duidelijk heeft gemaakt. Deze leer wordt in de literatuur de Linge Ziekenhuis-doctrine genoemd.⁵³ In die uitspraak oordeelde de Ondernemingskamer onder meer dat het achterwege laten van een adviesaanvraag over een adviesplichtig besluit leidt tot de consequentie dat dit besluit als kennelijk onredelijk moet worden gekwalificeerd.⁵⁴ Later heeft de Ondernemingskamer de Linge Ziekenhuis-doctrine genuanceerd: om zo'n besluit als onredelijk te kwalificeren moet de schending van procedurele voorschriften inbreuk maken op wezenlijke belangen van de ondernemingsraad.⁵⁵

52. Zie hoofdstuk 3, nr. 2.3.

53. OK 1 mei 1980, NJ 1981, 271 m.nt. Maeijer.

54. Deze uitspraak was bij het verschijnen daarvan niet onomstreden en is dat nog steeds niet; zie Duk 2000a, p. 48.

55. OK 25 februari 1982, NJ 1983, 27; zie ook OK 8 januari 2008, ARO 2008, 34.

De Ondernemingskamer toetst niet alleen op de zorgvuldigheid waarmee de adviesprocedure is omkleed (het zorgvuldigheidsbeginsel), maar ook op de wijze waarop het besluit door de ondernemer is toegelicht (het motiveringsbeginsel).

In de jurisprudentie over het zorgvuldigheidsbeginsel is onder meer uitgemaakt dat hoge eisen gesteld kunnen worden aan de door de ondernemer aan de ondernemingsraad te verstrekken informatie, waarbij het – binnen redelijke grenzen – aan de ondernemingsraad en niet aan de ondernemer is te bepalen welke informatie nodig wordt geoordeeld om tot een afgewogen advies te komen.⁵⁶ Voor zover de ondernemingsraad meent dat hij onvoldoende informatie heeft gekregen, dient hij dit in zijn advies naar voren te brengen⁵⁷ en voldoende concreet te benoemen aan welke gegevens het hem ontbrak.⁵⁸ Het is aan de ondernemer om te bepalen hoe een adviesaanvraag wordt ingericht⁵⁹ en misverstanden over een besluit zullen in het algemeen voor zijn rekening komen.⁶⁰ De ondernemer moet voorkomen dat door de wijze van presentatie geen onjuiste veronderstellingen bij de ondernemingsraad ontstaan⁶¹ en dient de adviesaanvraag zodanig van toelichting te voorzien dat niet slechts sprake is van presentatie, maar ook van argumentatie.⁶² Dat betekent niet dat ieder communicatieprobleem leidt tot aantasting van het besluit: een summiere adviesaanvraag kan voldoende zijn wanneer de ondernemer nadere informatie heeft verstrekt,⁶³ en in sommige gevallen kan de aard van het besluit meebrengen dat, hoewel de ondernemer verwijtbaar tekort is geschoten in de communicatie, de door de ondernemingsraad gevraagde voorzieningen worden afgewezen, bijvoorbeeld als gevolg van de grote druk waaronder de ondernemer moest handelen of de noodzaak tot snel ingrijpen in de financiële situatie van de onderneming.⁶⁴

Wanneer de ondernemer een zorgvuldige adviesprocedure met de ondernemingsraad heeft doorlopen, kan zijn besluit onder omstandigheden niettemin stranden vanwege het ontbreken van een deugdelijke motivering daarvan. De

56. Zie OK 18 mei 2004, JOR 2004/235 (Novio), OK 21 juli 2006, JAR 2006/225 (Fresenius) en OK 8 januari 2008, JAR 2008/51 m.nt. Knipschild (Muskusrattenbestrijding).

57. OK 8 maart 2007, JAR 2007/123 (Kringloopbedrijf).

58. OK 12 oktober 2007, JAR 2007/300 (Van den Berg).

59. OK 27 mei 2009, ARO 2009, 100 (Veolia).

60. OK 4 april 2006, ARO 2006, 93 (Weener Groep).

61. OK 9 november 2009, JAR 2009/301 m.nt. Knipschild. Dit beginsel is wederkerig: de ondernemingsraad is verantwoordelijk voor misverstanden die hij over (de status van) zijn advies laat ontstaan (OK 9 augustus 2006, ARO 2006/161 (Pharming)).

62. OK 5 augustus 2011, ARO 2011, 138 (Printronic).

63. OK 30 december 2008, ARO 2009, 13 (Albamarle Catalysts).

64. OK 7 november 2006, ARO 2006, 191 (Bieb voor de Zaanstreek) en OK 2 februari 2009, JAR 2009/161 m.nt. Knipschild (Ambulance Oost).

HOOFDSTUK 4

toepassing van het motiveringsbeginsel brengt de rechter soms dicht bij de inhoud van de strategische besluitvorming.⁶⁵ Dit beginsel houdt in dat de ondernemer gedetailleerd moet kunnen verantwoorden welke voor- en nadelen aan het voorgenomen besluit verbonden zijn en waarom de door hem gekozen route het belang van de vennootschap en de aan haar verbonden onderneming het best dient. Wanneer de ondernemer alternatieven verwerpt, zal hij dit met kracht van argumenten moeten doen, en bezwaren van de ondernemingsraad dienen op steekhoudende wijze in de besluitvorming te worden betrokken. De ondernemer die tot strategische besluitvorming wil overgaan kan er niet mee volstaan te stellen dat zijn strategie op termijn tot betere resultaten zal leiden: hij zal zich op prognoses moeten baseren en de achterliggende feiten zullen juist moeten zijn.⁶⁶

In zijn analyse van vijftien jaar rechtspraak van de Ondernemingskamer ingevolge het beroepsrecht concludeert Duk dat de toepassing van het motiveringsbeginsel getuigt van een terughoudende inhoudelijke toetsing van ondernemersbesluiten.⁶⁷ Het is niet goed mogelijk duidelijke regels te formuleren wanneer besluiten de toets der kritiek niet kunnen doorstaan; dit volgt uit de in het medezeggenschapsrecht gehanteerde vage normen als die van artikel 26 lid 4 WOR. Opvallende punten in de jurisprudentie van de Ondernemingskamer zijn dat bepaalde belangen – zoals die van een aandeelhouder die geld nodig heeft – in beginsel irrelevant zijn, dat bedrijfseconomische overwegingen niet steeds rechtvaardiging voor door te voeren besparingen opleveren, dat overwegingen die een bepaald meeromvattend besluit als geheel rechtvaardigen dat niet ook voor ieder onderdeel daarvan behoeven te doen (met name als die overwegingen nu juist voor een specifiek deel niet opgaan), en dat aan de continuïteit van het door de ondernemer gevoerde beleid zelfstandig gewicht toekomt en afwijkingen daarvan deugdelijk gemotiveerd moeten worden.⁶⁸

Een succesvolle uitoefening van het beroepsrecht kan soms een verstrekkende invloed hebben op het welslagen van het voorgenomen besluit of op de bedrijfsvoering van de ondernemer. Dat hoeft niet altijd zo te zijn: de marginale toetsing door de Ondernemingskamer heeft tot gevolg dat de ondernemer schending van procedurele voorschriften kan repareren. Indien de Ondernemingskamer klachten van de ondernemingsraad over bijvoorbeeld de zorgvuldigheid van het adviestraject of de motivering van het besluit honoreert, kan de ondernemer ervoor kiezen opnieuw advies aan de raad te vragen over hetzelfde voorgenomen besluit, ditmaal onder heling van de eerder geconstateerde

65. Maeijer, annotatie bij OK 7 juli 1988, NJ 1989, 845 (Fluke) en Willems 2000a.

66. Duk 1990, p. 136.

67. Duk 2008, p. 188.

68. Duk 2008, p. 196.

gebreken. In die situaties zal deze nieuwe adviesprocedure doorgaans tot gevolg hebben dat het voorgenomen besluit alsnog wordt uitgevoerd.⁶⁹

Dat neemt niet weg dat de onderhandelingspositie van de ondernemingsraad in een tweede adviesprocedure na een door de ondernemer verloren geschil bij de Ondernemingskamer sterker kan worden. Die positie wordt verder verstrekt wanneer het voorgenomen besluit moet worden genomen onder grote tijdsdruk, zoals bij fusies en overnames vaak het geval is. De uitoefening van het beroepsrecht kan in die situaties leiden tot het verlies van de belangstelling van een potentiële koper of een negatieve invloed hebben op de prijs of garanties die deel uitmaken van de voorgenomen transactie. Maar ook wanneer het voorgenomen besluit niet tijdsgebonden is, kan een veroordeling tot het intrekken van het besluit en het ongedaan maken van de gevolgen daarvan leiden tot aanzienlijke operationele en financiële consequenties voor de onderneming.

Een voorbeeld van het laatste betreft de reorganisatie van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV).⁷⁰ Deze reorganisatie was gestart in 2007 en betrof een complex (medezeggenschaps)traject, waarin een groot aantal deelbesluiten was genomen. Op 2 januari 2008 vroeg UWV de ondernemingsraad advies uit te brengen over de invoering van het klantproces WIA, hetgeen inhield dat er pilots zouden worden gehouden in twee regio's. Naar aanleiding van het overleg dat vervolgens met de ondernemingsraad plaatsvond, is de adviesaanvraag verschillende malen gewijzigd. In die periode kwamen er ook signalen uit de organisatie dat de implementatie van het klantproces WIA risicovol zou zijn. Bij brief van 25 maart 2009 gaf de bestuurder van UWV te kennen dat hij het besluit had genomen om met ingang van 1 mei 2009 over te gaan tot landelijke implementatie van het klantproces WIA. Later werd dat besluit ingetrokken en werd alsnog bij brief van 9 april 2009 advies aan de ondernemingsraad gevraagd. Nadat ook Bureau Berenschot in een rapportage had gewezen op de risico's, adviseerde de ondernemingsraad op 21 april 2009 negatief. In het daaropvolgende besluit van 28 april 2009 bevestigde de bestuurder het besluit tot implementatie van het klantproces WIA aan te zullen houden, maar wel per 1 mei 2009 een tijdelijke maatregel te zullen nemen in de vorm van een landelijke proef tot uiterlijk eind 2009. Tegen dit besluit kwam de ondernemingsraad in beroep.

De Ondernemingskamer oordeelde dat in het midden kon blijven of de tijdelijke maatregel een wezenlijk ander besluit zou inhouden dan de landelijke implementatie van het klantproces WIA. Als het zou gaan om een ander besluit, stond

69. Tenzij het besluit eenvoudigweg niet op deugdelijke wijze te motiveren valt: in zo'n situatie krijgt het adviesrecht het karakter van een instemmingsrecht (Willems 2000a).

70. OK 13 mei 2009, JOR 2009/223 m.nt. Holtzer. Zie hierover ook Willems 2010a.

HOOFDSTUK 4

volgens de Ondernemingskamer vast dat dit besluit adviesplichtig was en er ten onrechte geen advies was gevraagd. Het omkeerbare karakter deed daar niet aan af: de enkele omstandigheid dat aan een adviesplichtig besluit een niet-omkeerbaar karakter wordt gegeven, is op zichzelf onvoldoende om het te kunnen degraderen tot een onbelangrijk besluit. Overigens oordeelde de Ondernemingskamer dat hier sprake was van een belangrijk besluit ingevolge artikel 25 lid 1 aanhef en onder g WOR, in het licht van het aantal betrokken medewerkers en het kwalitatieve belang ervan. Als niet gesproken zou kunnen worden van een ander besluit gold naar het oordeel van de Ondernemingskamer dat UWV in strijd met de WOR had gehandeld omdat het de opschortingstermijn van artikel 25 lid 6 WOR niet in acht had genomen.

Het oordeel van de Ondernemingskamer heeft geleid tot de terugplaatsing van 1200 medewerkers in hun oude functie, waarbij als probleem werdesignaleerd dat sommigen al waren verhuisd naar een andere stad. Bij brief van 20 mei 2009 heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de Tweede Kamer geïnformeerd over de consequenties van de beslissing van de Ondernemingskamer in deze zaak.⁷¹ Daarin werd beschreven dat de raad van bestuur van UWV het besluit had genomen om per direct alle implementatieactiviteiten te staken en de situatie terug te draaien naar de stand van zaken van vóór 1 mei 2009. Voor het herstellen van de situatie heeft UWV een draaiboek opgesteld, dat met de ondernemingsraad werd besproken.

Een tweede voorbeeld van het effect van het beroepsrecht is de zaak Media Groep Limburg.⁷² Media Groep Limburg was uitgever van dagblad De Limburger en het Limburgs Dagblad en vormde onderdeel van het Britse mediaconcern Mecom Group plc. Deze uitgever wenste over te gaan tot het doorvoeren van omvangrijke bezuinigingen, waaronder een belangrijke reductie van de redactie, waarover Media Groep Limburg reeds had gesproken met de hoofdredactie. De heer Boermann was zowel bestuurder in de zin van de WOR als bestuurder van de vennootschap Media Groep Limburg B.V. Deze uitgever verschilde van mening met zijn ondernemingsraad over een besluit tot reorganisatie, waarbij de bezwaren van de raad zich toespitsten op de formatiereductie op de redactie. Die bezwaren richtten zich zowel op de omvang van de reductie (15 fte) als op het ontbreken van de uitwerking daarvan. Hij meende ook medezeggenschap te hebben over de invloed van het besluit op het naar behoren kunnen blijven functioneren van de redactie en de kwaliteit van de kranten. Daarnaast vond de ondernemingsraad dat de uitgever hem te weinig informatie had verschaft om die aspecten goed te kunnen beoordelen en dat het oordeel van de hoofdredactie in dezen onvoldoende was. Media Groep Limburg

71. Kamerstukken II, 2008-2009, 26 448, nr. 400.

72. OK 19 juli 2010, JOR 2010/268 m.nt. Holtzer. Zie hierover ook Willems 2011a.

verweerde zich onder meer met de stelling dat op basis van het redactiestatuut niet de bestuurder van Media Groep Limburg, maar de hoofdredacteur besliste over de feitelijke uitwerking van de reductie.

De Ondernemingskamer stelde de ondernemingsraad in het gelijk. De bestuurder van Media Groep Limburg had onvoldoende inzicht verschaft in de uitwerking van de teruggang van de redactie en de gevolgen daarvan voor het personeel. De bestuurder was ook niet van plan om in een later stadium op grond van artikel 25 lid 5, laatste volzin, WOR advies te vragen, gezien het verweer van Media Groep Limburg over de bevoegdheidsverdeling die voortvloeide uit het redactiestatuut. Dit leidde volgens de Ondernemingskamer op zichzelf reeds tot de gevolgtrekking dat Media Groep Limburg bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het besluit had kunnen komen. De kamer stelde voorts vast dat, anders dan Media Groep Limburg meende, het redactiestatuut en de daarin aan de hoofdredacteur en aan de redactieraad toebedeelde taken niet afdeden aan het wettelijke adviesrecht van de ondernemingsraad (dit was overigens in het redactiestatuut met zoveel woorden te lezen). De Ondernemingskamer vervolgde dat, voor zover Media Groep Limburg had aangevoerd dat gezien de inhoud van het redactiestatuut niet haar bestuurder, maar de hoofdredacteur besliste over de feitelijke uitwerking van de reductie en de ondernemer daarover dus geen besluit nam en geen advies kon vragen, dit verweer moest worden verworpen, omdat de hoofdredacteur in zoverre moest worden aangemerkt als bestuurder in de zin van artikel 1 lid 1 sub e WOR, althans als medebestuurder. Dit oordeel leidde ertoe dat ook de hoofdredacteur aan het adviesrecht van de ondernemingsraad werd onderworpen, nu een andere opvatting het wettelijke adviesrecht van de raad op onaanvaardbare wijze zou uithollen.

Dat de ondernemingsraad een rol heeft bij de strategie is door de Ondernemingskamer met zoveel woorden bevestigd in de zaak Centrum Maliebaan.⁷³ Centraal in deze zaak stond een voorgenomen fusie van Centrum Maliebaan en Altrecht, twee instellingen in de verslavingszorg. Op 27 juni 2008 hadden beide organisaties een intentieverklaring ondertekend om te komen tot een bestuurlijke fusie, waarover de ondernemingsraad positief had geadviseerd. Later wilde Centrum Maliebaan de fase van de bestuurlijke fusie overslaan en meteen

73. OK 21 april 2010, JOR 2010/186 m.nt. Holtzer. Zie hierover ook Willems 2011a. Vergelijk OK 30 mei 2012, ARO 2012/94 (Het Brabants Orkest), waarin de Ondernemingskamer oordeelde dat een strategisch plan op zodanige wijze een fundament legde voor de toekomst, dat het station van het beleidsvoornemen was gepasseerd en gesproken moest worden van een besluit, dat vooraf ter advisering aan de ondernemingsraad had moeten worden voorgelegd. Het door de ondernemer aan de ondernemingsraad gerichte verzoek tot geheimhouding over dit plan vormde een onaanvaardbare belemmering van de medezeggenschap.

HOOFDSTUK 4

overgaan tot een juridische fusie, waarbij het centrum volledig zou opgaan in Altrecht. Daarop adviseerde de ondernemingsraad negatief, onder meer stellende dat de ondernemer onvoldoende bereidheid had getoond om de voor- en nadelen van de fusie te plaatsen tegenover de voor- en nadelen van een standalone-variant. Centrum Maliebaan stelde zich op het standpunt dat het niet aan de ondernemingsraad is strategische keuzes te maken en mee te bepalen. Vervolgens vroeg het de raad voor een tweede maal advies over een bestuurlijke fusie van de twee organisaties. Ook hierop bracht de ondernemingsraad een negatief advies uit, met als belangrijkste argumenten dat (1) een afweging van de voor- en nadelen van een standalone-variant ontbrak, (2) in de adviesaanvraag onvoldoende duidelijk werd gemaakt welke problemen met de voorgenomen fusie werden opgelost en (3) er binnen de onderneming onvoldoende draagvlak voor de fusie was. Centrum Maliebaan besloot niettemin om over te gaan tot de bestuurlijke fusie met Altrecht, waarbij werd bevestigd dat dit besluit geen definitief afscheid zou betekenen van de standalone-variant.

De Ondernemingskamer overwoog dat het op zichzelf juist is dat het aan de ondernemer is om strategische keuzen te maken en dat een keuze van een onderneming voor een bepaald toekomstscenario op zichzelf geen miskenning van het medezeggenschapsrecht voor de ondernemingsraad inhoudt. De ondernemer is wel verplicht om inzicht te verschaffen in de beweegredenen voor zijn besluit. De ondernemer is gehouden door de ondernemingsraad aangedragen alternatieven te onderzoeken en dit geldt des te meer in een geval waarin het alternatief bestaat uit het handhaven van de bestaande situatie. De ondernemer moet dan motiveren waarom besloten is de bestaande situatie niet te continueren. Volgens de Ondernemingskamer bleef hier onvoldoende duidelijk hoe een bestuurlijke fusie kon bijdragen aan het realiseren van de doelstellingen van een uiteindelijk volledig samengaan van Centrum Maliebaan en Altrecht. Zij zag niet in dat een personele unie van de raden van toezicht een inhoudelijke meerwaarde en optimale zorgverlening kon creëren en oordeelde dat Centrum Maliebaan niet in redelijkheid tot het bestreden besluit had kunnen komen.

Het effect van de wettelijke regeling van het beroepsrecht en de wijze waarop deze in de jurisprudentie wordt vormgegeven, is dat veel Nederlandse ondernemingen zich goed rekenschap geven van de positie van de ondernemingsraad voordat zij overgaan tot strategische besluitvorming. In de praktijk worden ondernemingsraden vaak in een vroeg stadium betrokken bij het voorgenomen besluit, in een poging geschillen te voorkomen en een zekere mate van vertrouwen te creëren over de integriteit van het besluitvormingsproces. Dit vroegtijdig betrekken van de ondernemingsraad heeft volgens de jurisprudentie ook juridische waarde als het gaat om de door de ondernemer aan de ondernemingsraad te stellen termijn voor een reactie of het geven van advies. Deze

praktijk leidt er bij veel Nederlandse ondernemingen toe dat medezeggenschapstrajecten worden doorlopen van redelijke kwaliteit, waarbij verschillen van inzicht vaak na onderhandelingen tot een oplossing worden gebracht.⁷⁴ Op die wijze heeft de mogelijkheid van de ondernemingsraad om aan het einde van het besluitvormingsproces een spaak in het wiel te steken soms tot gevolg dat hij in een vroeg stadium bij de besluitvorming wordt betrokken.

Het tijdstip van de adviesaanvraag

Voor de betrokkenheid van de ondernemingsraad bij de totstandkoming van het strategische besluit is het tijdstip van indiening van de adviesaanvraag cruciaal. Belangrijke transacties, zoals fusies, overnames of het aangaan van duurzame samenwerkingen, worden vaak voorafgegaan door een intentieverklaring. Uit de jurisprudentie zijn gevallen bekend waarin ondernemingsraden hebben gepoogd de besluitvorming in dit voorstadium te beïnvloeden door te streven naar aantasting van het besluit tot ondertekening van de intentieverklaring. Die jurisprudentie biedt weinig aanknopingspunten voor het antwoord op de vraag wanneer een intentieverklaring voor advies aan de ondernemingsraad moet worden voorgelegd.

In de zaak NS Reizigers heeft de Ondernemingskamer, bevestigd door de Hoge Raad,⁷⁵ wel een aantal criteria geformuleerd, waaraan een intentieverklaring over een beoogde samenwerking werd getoetst. Deze criteria waren:

- (1) het persbericht dat inhield dat over het beginsel van samenwerking in vergaande mate overeenstemming bestond;
- (2) hetgeen zich bij de ondernemer in een soortgelijk geval had voorgedaan, te weten een intentieverklaring tot samenwerking die reeds had geresulteerd in het tot stand komen van een samenwerkingsverband;
- (3) het beleid van de ondernemer in algemene zin, dat was gericht op het tot stand brengen van samenwerkingsverbanden;
- (4) het blijkbaar niet voorhanden zijn van een andere partner voor samenwerking.

De Hoge Raad oordeelde dat de Ondernemingskamer tegen de achtergrond van die omstandigheden terecht tot het oordeel was gekomen dat aan de intentieverklaring niet een vrijblijvend karakter kon worden toegekend.

De omstandigheden van het geval zijn dus van doorslaggevend belang. Zo oordeelde de Ondernemingskamer dat een intentieverklaring die geen ontbindende voorwaarde inhield, ook niet een die verwees naar een nog door de

74. Van het Kaar en Looise 1999, p. 109 e.v.

75. HR 7 oktober 1998, NJ 1999, 778.

ondernemingsraad uit te brengen advies, definitief de overdracht van de onderneming inhield en dat dit besluit niet zonder voorafgaand advies van de ondernemingsraad genomen had mogen worden.⁷⁶ Een verklaring waarin de intentie werd uitgesproken om onderzoek te plegen naar een juridische constructie waarbij het publiekrechtelijke instrumentarium en beide organisaties intact zouden blijven, maar met als uitgangspunt dat de partijen een dwingende en onverbreekelijke samenwerking zouden aangaan, redde het wel.⁷⁷ De Ondernemingskamer vond de intentieverklaring te vaag en nam bij haar oordeel in aanmerking dat er reeds een samenwerking bestond die was neergelegd in verschillende overeenkomsten, die voorzagen in een uitgebreide evaluatie, met de betrokkenheid van de ondernemingsraad, voordat een (voorgenomen) besluit over samenwerking werd genomen. Te ver ging de ondernemer die een intentieverklaring tot fusie aanging waarvan de bepalingen bindend waren en die met een boetebeding kracht werd bijgezet.⁷⁸ De Ondernemingskamer leidde uit die verklaring af dat de samenwerking zich uitstreckte tot de gehele werkorganisatie, de belangenbehartigingsstrategieën, de communicatiestrategie, beleidsontwikkeling, het werkplan en de begroting, en het streven naar gezamenlijke oordeelsvorming van de ledenvergadering en een instelling van een gezamenlijke ondernemingsraad. Aldus had de ondernemer zich ertoe verbonden te streven naar verwezenlijking van het samenwerkingsverband als aanzet tot een beoogde fusie, als gevolg waarvan de vrijblijvendheid van de intentieverklaring ontbrak.

Het opnemen van een voorwaarde over – of de mogelijkheid tot nadere evaluatie met – betrokkenheid van de ondernemingsraad geeft de ondernemer in beginsel mogelijkheden de ondernemingsraad op een later tijdstip in de besluitvorming te betrekken. Gaat dit zo ver dat de ondernemer mag overgaan tot ondertekening van een (koop)overeenkomst die een opschortende of ontbindende voorwaarde inzake het adviestraject op grond van de WOR bevat? Het antwoord op die vraag luidt bevestigend wanneer het gaat om een verplicht openbaar bod.⁷⁹ In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel over het verplicht openbaar bod wordt gerefereerd aan de voorwaardelijke overeenstemming tussen bieder en doelvennootschap over een uit te brengen bod, die kan inhouden dat nog advies van de ondernemingsraad moet worden gevraagd. De wetgever meende dat, omdat sprake was van voorwaardelijke overeenstemming, het advies van de raad nog van wezenlijke invloed kon zijn op het bod en de modaliteiten daarvan.⁸⁰ Bij een verplicht openbaar bod achtte de wetgever

76. OK 15 april 1999, JOR 2000/1 m.nt. Vonk (Noest Beheer).

77. OK 26 maart 1998, JAR 1998/110 (IZA).

78. OK 20 januari 2011, ARO 2011, 47 (Patiënten en Consumenten Federatie).

79. Zie hierover Witteveen 2008b.

80. Kamerstukken II 2005-2006, 30 419, nr. 3, p. 6.

het dus mogelijk dat bieder en doelvennootschap vrijwel volledige overeenstemming bereiken, onder voorbehoud van het voltooien van het adviestraject. Verburg merkt daarbij overigens op dat hij een ondernemingsraad die in een dergelijk geval bemerkt dat nergens meer over te praten valt, niet kansloos acht.⁸¹

Leent deze aanpak zich voor algemeen gebruik in de transactiepraktijk? Dat lijkt mij niet zonder meer het geval. De wetgever heeft zijn mening over het bereiken van voorwaardelijke overeenstemming uitdrukkelijk verbonden aan het verplicht openbaar bod.⁸² De situatie rondom dat bod kenmerkt zich door de (koers)gevoeligheid van de transactie, het verplichte karakter daarvan en de vraag of bestuur en raad van commissarissen aan het openbaar bod steun kunnen verlenen; mede gezien de tijdsdruk die dit meebrengt, lijkt het standpunt van de wetgever over de voorwaardelijke overeenstemming gerechtvaardigd. Als er geen sprake is van een verplicht openbaar bod, zijn de omstandigheden anders en verandert mogelijk ook het (rechterlijk) oordeel over de vraag of van wezenlijke invloed sprake is.

De zoektocht naar een latere betrokkenheid van de ondernemingsraad vloeit voort uit het spanningsveld dat ontstaat uit de wens van de onderhandelende partijen om, ongehinderd door invloeden van buiten, in het geheim de voorwaarden voor de transactie te bespreken. Soms kan in die onderhandelingen een dynamiek ontstaan als gevolg waarvan (langdurige) besprekingen tot een succesvol resultaat leiden en de behoefte ontstaat om alle gemaakte afspraken direct bindend vast te leggen. Voor die dynamiek kan begrip worden opgebracht, zij het dat dit niet afdoet aan de juridische werkelijkheid dat in die situaties het moment van wezenlijke invloed van de ondernemingsraad soms kan zijn gepasseerd. De praktijk heeft verschillende methoden bedacht om dit spanningsveld te doorbreken. De belangrijkste bestaat onder meer uit het ondertekenen van een brief of protocol waarin partijen zich er onvoorwaardelijk toe verbinden om tot ondertekening van de overeenkomst over te gaan wanneer het adviestraject is voltooid, of de pagina's van de overeenkomst paraferen zonder dat zij tot ondertekening ervan overgaan. Daarnaast wordt in toenemende mate gewerkt met ondertekende overeenkomsten met opschortende voorwaarde over de voltooiing van de adviesprocedure. Deze methode leidt tot het risico dat de rechter, in aanmerking nemende de overige omstandigheden van het geval, kan oordelen dat er op een eerder tijdstip advies gevraagd had moeten worden. Dat risico zal zich verwezenlijken wanneer blijkt dat partijen bij de koopovereenkomst geen mechanisme hebben afgesproken – of geen ruimte bieden – om tot aanpassing van de transactie over te gaan, volgend op

81. Verburg 2007, p. 249.

82. Kamerstukken I 2006-2007 30 419, C, p. 12.

HOOFDSTUK 4

hetgeen in het adviestraject aan de orde komt. In zijn algemeenheid meen ik dat eraan getwijfeld kan worden of de ondernemingsraad wezenlijke invloed kan uitoefenen op een document dat volledig is uitonderhandeld en waaraan beide partijen zich, buiten een voorwaarde over het medezeggenschapstraject, volledig hebben verbonden.

Met deze beschrijving van de jurisprudentie en de praktijk rondom de medezeggenschap van werknemers bij transacties wil ik een ontwikkeling laten zien die leidt tot een steeds later tijdstip van betrokkenheid van de ondernemingsraad bij de besluitvorming over transacties. Een tegenovergestelde ontwikkeling lijkt te ontstaan bij andersoortige besluiten, te weten reorganisaties met sociale consequenties. Dat laatste wordt door enkele auteurs geconcludeerd uit het Akavan-arrest van het Hof van Justitie.⁸³ Hoewel het in die zaak niet ging om een Nederlandse onderneming of groep, wil ik de conclusies die daaraan in de Nederlandse literatuur worden verbonden hier behandelen.

In deze zaak ging het om een onderneming op informaticagebied, Fujitsu Siemens Computers Oy (FSC), een dochtervennootschap van de Nederlandse vennootschap Fujitsu Siemens Computers (Holding) B.V. Op 7 december 1999 besloot het directiecomité van de moedervennootschap om aan het bestuur van diezelfde vennootschap een voorstel te doen tot sluiting van de fabriek in Finland. Tijdens een vergadering van 14 december 1999 heeft het bestuur besloten dit voorstel te volgen, zonder dat over genoemde fabriek een concrete beslissing werd genomen. Op diezelfde datum heeft FSC een werknemersraadpleging aangemeld, die tussen 20 december 1999 en 31 januari 2000 plaatsvond. Op 8 februari is FSC begonnen zijn werknemers te ontslaan. Een aantal werknemers startte een procedure bij de Finse rechter, waarin zij stelden dat het bestuur van de moedervennootschap uiterlijk op 14 december 1999 een definitief besluit had genomen om de fabriek af te stoten. Dit handelen leverde volgens hen strijd op met de verplichting tot tijdige raadpleging van werknemers ingevolge de Richtlijn inzake collectief ontslag.⁸⁴

Het Hof van Justitie stelde de werknemers in het gelijk en oordeelde dat de richtlijn zo moet worden uitgelegd dat, binnen een concern, de goedkeuring van strategische beslissingen die de werkgever ertoe dwingen een collectief ontslag

83. Hof van Justitie EG 10 september 2009, JAR 2009/252.

84. Artikel 2 van Richtlijn 98/59/EG bepaalt dat wanneer een werkgever overweegt tot collectief ontslag over te gaan, hij verplicht is de vertegenwoordigers van de werknemers tijdig te raadplegen teneinde tot een akkoord te komen. De raadpleging moet ten minste betrekking hebben op de mogelijkheden collectief ontslag te voorkomen of de omvang ervan te verminderen, alsook op de mogelijkheden de gevolgen ervan te verzachten.

te overwegen, voor hem een verplichting doet ontstaan om de vertegenwoordigers van de werknemers te raadplegen. Het ontstaan van die verplichting hangt er niet van af of hij reeds in staat is de werknemersvertegenwoordigers alle voor de melding vereiste gegevens te verstrekken. Ingeval het concern bestaat uit een moedervennootschap en een of meer dochtervennootschappen, ontstaat de verplichting tot raadpleging van de werknemersvertegenwoordigers, voor de dochtervennootschap die de hoedanigheid van werkgever heeft, pas wanneer de dochtervennootschap waarbinnen het collectief ontslag zal plaatsvinden is geïdentificeerd. De raadplegingsprocedure moet in een dergelijk geval door de dochtervennootschap worden afgesloten voordat zij, in voorkomend geval op rechtstreekse instructie van haar moedervennootschap, de overeenkomsten van de door ontslag geraakte werknemers opzegt.

Volgens Verburg⁸⁵ betekent dit oordeel dat de raadplegingsprocedure door de werkgever moet worden ingeleid op het moment dat een strategisch of commercieel besluit is genomen dat de werkgever ertoe dwingt een collectief ontslag te overwegen, en vindt het Hof van Justitie zo de oplossing in de aard van het besluit. Hij maakt onderscheid tussen een besluit dat een collectief ontslag *noodzaakt* en een besluit dat dwingt een collectief ontslag te *overwegen*. Het gaat zo om de vraag of het besluit ruimte laat om maatregelen te nemen die het collectief ontslag verzachten of verminderen; het moment waarop de raadpleging behoort te starten kent geen vaagheid. De Nederlandse rechtspraak is hiermee in overeenstemming, via de leer van toerekening in concernverband (zie hierna). Henrichs en Van Geel zijn dezelfde mening toegedaan.⁸⁶

Volgens Grapperhaus⁸⁷ betekent de Akavan-uitspraak een belangrijke terreinwinst voor de medezeggenschap. Tot dan toe mocht de ondernemer wachten met het vragen van advies aan de ondernemingsraad – ook nadat op het niveau van de moedervennootschap relevante strategische beslissingen genomen waren – tot het moment waarop de dochtervennootschap zelf tot een voorgenomen besluit kwam. Uit de Akavan-uitspraak volgt dat de dochtervennootschap de ondernemingsraad direct om advies moet vragen wanneer de moedervennootschap een strategisch besluit neemt dat het overwegen van een collectief ontslag onvermijdelijk maakt. Grapperhaus ziet twee verschillen met de voor het verschijnen van deze uitspraak bestaande situatie. De eerste is dat de dochtervennootschap al een adviestraject moet starten voordat sprake is van een voorgenomen besluit, namelijk op het moment dat een collectief ontslag wordt overwogen. Het tweede verschil is dat zo het moment van aanvang van het adviestraject naar voren wordt gehaald en de inhoudelijke rol

85. Verburg 2010b, p. 74.

86. Henrichs en Van Geel 2010.

87. Grapperhaus 2010b, p. 134.

HOOFDSTUK 4

van de ondernemingsraad wordt uitgebreid. De raad kan zich dan niet inlaten met de strategische beslissing zelf, maar mag wel al adviseren over de nadere invulling op eigen ondernemingsniveau, hetgeen verder gaat dan het louter adviseren over de gevolgen van een uit die strategische beslissing voortvloeiend voorgenomen besluit tot collectief ontslag.

Heinsius⁸⁸ meent dat uit de Akavan-uitspraak volgt dat niet de werkgever van de met ontslag bedreigde werknemers de ondernemingsraad om advies moet verzoeken, maar de moedervennootschap van deze werkgever. Hij lijkt Grapperhaus te steunen in diens visie dat dit met zich meebrengt dat de ondernemingsraad reeds om advies moet worden gevraagd op een moment waarop de ondernemer in zijn hoedanigheid van werkgever niet noodzakelijkerwijs al het voornemen tot een collectief ontslag behoeft te hebben.

Verburg enerzijds en Grapperhaus en Heinsius anderzijds verschillen van mening over de vraag of het Akavan-arrest consequenties heeft voor het tijdstip van de raadpleging van werknemersvertegenwoordigers. Verburgs onderscheid tussen besluiten die collectief ontslag noodzakelijk maken en besluiten die – slechts – dwingen tot een overweging daartoe lijkt mij in de praktijk moeilijk te maken. De vraag of de ondernemingsraad wezenlijke invloed kan uitoefenen op een besluit hangt in de meeste gevallen niet enkel af van de mogelijkheden om een collectief ontslag te verzachten, maar ook om andere alternatieven op het niveau van de onderneming waaraan de raad is verbonden te (laten) onderzoeken. Alle auteurs lijken het er wel over eens dat de hier omschreven toetsing afhangt van de aard van het besluit. De conclusies die Grapperhaus en Heinsius trekken uit het Akavan-arrest gelden niet voor besluiten die buiten de sfeer van het collectief ontslag liggen. De door hen bepleite vervroeging van het moment van raadpleging van de ondernemingsraad lijkt in de Nederlandse rechtspraak vooral te kunnen worden vertaald in de leer van toerekening of medeondernemerschap, die ik nu zal behandelen.

Toerekening of medeondernemerschap

Het uitgangspunt van de jurisprudentie van de Hoge Raad en de Ondernemingskamer is dat de ondernemer, als hij aan de besluiten van de moedermaatschappij is gebonden, desondanks zelf nog moet besluiten zo te handelen⁸⁹ en dat medezeggenschap op één niveau binnen het concern dient plaats te vinden.⁹⁰ Er zijn omstandigheden denkbaar waarin juridische structuren verhinderen dat de WOR optimaal wordt toegepast. In een relatief eenvoudige vorm komt dit voor wanneer het orgaan dat het bestreden besluit neemt, niet

88. Heinsius 2010. p. 93.

89. HR 11 juli 1984, NJ 1985, 212 m.nt. Maeijer (Howson-Algraphy).

90. OK 10 mei 1990, NJ 1992, 126 (Philips/HSA).

hetzelfde is als het bestuur. De Ondernemingskamer oordeelde bijvoorbeeld in een situatie waarin de raad van commissarissen in een brief aan alle medewerkers te kennen gaf dat de reeds in gang gezette centralisatie zou worden voortgezet, onder de geschetste omstandigheden moest worden beschouwd als een besluit dat mede door het bestuur was genomen en daarom het besluit was van de ondernemer als bedoeld in artikel 1 lid 1 sub d WOR. Het verweer dat een besluit als het onderhavige in de organisatie van de vennootschap wettelijk noch statutair tot de competentie van de raad van commissarissen behoorde, werd verworpen.⁹¹

Complexer wordt het wanneer de besluitvorming in het concern op hoger niveau plaatsvindt en daaruit de conclusie wordt getrokken dat de ondernemingsraad van de werkmaatschappij geen adviesrecht toekomt, of dat deze pas in een later stadium om advies dient te worden gevraagd. Dit deed zich onder meer voor in de zaak Shell Research.⁹² Het ging hier om de complexe concernstructuur van de Koninklijke Shell Group, waarbinnen twee houdstermaatschappijen de aandelen hielden in de dienstverlenende maatschappijen en verder direct of indirect het gehele groepsbelang in werkmaatschappijen in vele landen. De dienstverlenende maatschappij fungeerde als schakel tussen de houdstermaatschappijen en de werkmaatschappijen: een daarvan was Shell Internationale Researchmaatschappij B.V. (SIRM). Een van de houdstermaatschappijen hield de aandelen van Shell Nederland B.V., dat op zijn beurt aandelen hield in een aantal in Nederland gevestigde werkmaatschappijen. Daartoe behoorde Shell Research B.V., dat als vennootschap twee ondernemingen in stand hield, te weten het Koninklijke Shell Laboratorium Amsterdam (KSLA) en het Koninklijke Shell Exploratie en Productielaboratorium in Rijswijk (KSEPL). Bij dat laatste laboratorium was een ondernemingsraad ingesteld. SIRM besloot op een gegeven moment tot een reductie van de budgetten van een aantal researchlaboratoria. Over het besluit tot vaststelling van het aandeel van KSEPL in het totale programmabudget van SIRM werd de ondernemingsraad van KSEPL niet om advies gevraagd. De Ondernemingskamer stelde vast dat SIRM een besluit als het onderhavige niet nam dan na zich ervan te hebben vergewist dat het werd onderschreven door de betrokken laboratoria. Shell Research erkende zich in het besluit te kunnen vinden en in de besluitvorming een wezenlijke inbreng te hebben gehad. Voorts was van belang dat twee bestuurders van Shell Research bij het nemen van het besluit een grote inbreng hadden gekregen, waarbij één bestuurder tevens lid was van de raad van beheer van SIRM en de andere bestuurder eveneens bestuurder in de zin van de WOR was van KSEPL. Mede als gevolg van deze personele unie oordeelde de Ondernemingskamer dat het besluit van SIRM voor de toepassing

91. OK 19 februari 1981, NJ 1982, 245 m.nt. Maeijer.

92. OK 2 april 1987, NJ 1988, 382 m.nt. Maeijer.

HOOFDSTUK 4

van de WOR aan Shell Research moest worden toegerekend, voor zover het het aandeel van KSEPL in het totale programmabudget betrof. Nu er geen advies was gevraagd, had Shell Research wezenlijk tekortgedaan aan de in de WOR gewaarborgde belangen van de ondernemingsraad.

De beschikking van de Hoge Raad in de zaak Heuga geldt als een standaard-uitspraak op dit gebied.⁹³ Het ging om de afschaffing van het vrijwillig ingestelde structuurregime binnen het Heuga-concern, dat werd geleid door de vennootschap Interface Inc. uit de Verenigde Staten. Heuga Nederland was een 100%-dochter van Interface Heuga, een vennootschap die als gevolg van een acquisitie deel was gaan uitmaken van het Interface-concern. Ter gelegenheid van de overname van Interface Heuga had de ondernemingsraad van Heuga Nederland een overeenkomst gesloten met Interface Inc., volgend op een geschil over de vraag of de overname van Interface Heuga adviesplichtig was. In die overeenkomst was onder meer vastgelegd dat het verlichte structuurregime voor ten minste drie jaar zou worden gehandhaafd. De ondernemingsraad van Heuga Nederland was de enige ondernemingsraad binnen het Nederlandse deel van het Interface-concern. Na de genoemde drie jaren besloot de moedervenootschap van Interface Heuga, Interface Europe Inc., tot afschaffing van het verlichte structuurregime bij Interface Heuga. Hierover werd geen advies gevraagd aan de ondernemingsraad, die vervolgens zowel Heuga Nederland als Interface Heuga in rechte betrof. De Hoge Raad oordeelde dat Interface Heuga destijds tegelijkertijd enig aandeelhouder en bestuurder van Heuga Nederland was en zo binnen de onderneming van Heuga grote zeggenschap had. De statutaire bepalingen die nu werden bestreden kwamen hierop neer dat bij Interface Heuga voor de werknemers van Heuga Nederland een verlicht structuurregime gold, en dat dus gehandeld werd volgens een stelsel dat rechtstreeks en onmiddellijk van belang was voor de organisatie en het beleid in de onderneming van Heuga Nederland. Om die reden moest Interface Heuga voor de toepassing van de WOR geacht worden de onderneming van Heuga Nederland mede in stand te hebben gehouden, hetgeen betekende dat het tezamen met Heuga Nederland als ondernemer in rechte kon worden betrokken.

Zowel de zaak Shell Research als de zaak Heuga staat in het teken van het doorbreken van juridische structuren teneinde de ondernemingsraad in staat te stellen zijn rechten ingevolge de WOR uit te oefenen. Beide uitspraken waren sterk afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval. In de zaak Shell Research lijkt de Ondernemingskamer een groot gewicht te hebben toegekend aan het gegeven dat twee bestuurders van de vennootschap waaraan

93. HR 26 januari 1994, NJ 1994, 545 m.nt. Maeijer.

de ondernemingsraad was verbonden tevens een belangrijke rol hadden gespeeld in de besluitvorming op het niveau van de vennootschap waar het budget werd bepaald. Bij Heuga lijkt zowel de verwevenheid van zeggenschap als het belang van de statutenwijziging, die door de Hoge Raad werd gekwalificeerd als van rechtstreeks en onmiddellijk belang voor het beleid van de onderneming, doorslaggevend te zijn geweest.

De zojuist genoemde uitspraken over toerekening en medeondernemerschap zijn door vele gevolgd, waarvan ik er hier enkele zal behandelen.⁹⁴ Een principiële uitspraak deed de Hoge Raad in de zaak Haagse Grenscorrecties.⁹⁵ In die beschikking, die handelde over de medezeggenschap bij de overheid en het primaat van de politiek, oordeelde de Hoge Raad dat het feit dat een door een ander dan de ondernemer genomen besluit rechtstreeks ingrijpt in de onderneming, onvoldoende is om aan te nemen dat die ander zich reeds door het enkel nemen van dat besluit de hoedanigheid verschaft van medeondernemer in de zin van de WOR. Om een ander dan de ondernemer die de ondernemingsraad heeft ingesteld, naast hem of haar als medeondernemer te kunnen aanmerken, is nodig dat feiten en omstandigheden worden gesteld waaruit volgt dat die ander bij de desbetreffende onderneming een positie inneemt die hem stelselmatig en zodanige invloed op de besluitvorming in de onderneming verschaft dat gezegd kan worden dat de onderneming mede door die ander in stand wordt gehouden. Duk trekt uit onder meer de uitspraken inzake Shell Research, Heuga en Haagse Grenscorrecties de conclusie dat toerekening of medeondernemerschap een uitzondering moet blijven en dat rechtens uitgangspunt is dat de Nederlandse ondernemer zelf nog zal moeten besluiten, waarbij hij dan betekenis mag toekennen aan het concernbeleid.⁹⁶

Dit uitzonderingskarakter lijkt te zijn versterkt doordat in latere jurisprudentie van de Hoge Raad en de Ondernemingskamer aan het stelselmatig uitoefenen van invloed als vereiste is toegevoegd dat een besluit rechtstreeks dient in te grijpen in de onderneming. Een verdere verfijning van deze leer is zichtbaar in de uitspraken inzake FNV Ledenservice I en II.⁹⁷ In beide zaken stond de positie van FNV Ledenservice ter discussie. De financiering hiervan was voor het grootste deel afkomstig van FNV Bondgenoten, een kleiner deel van FNV Bouw, en het restant van overige vakorganisaties, zulks op basis van een

94. Voor een uitgebreide analyse van deze jurisprudentie verwijs ik naar Verburg 2007, p. 153-217 en Van Mierlo 2013, p. 173-208.

95. HR 26 januari 2000, NJ 2000, 223 m.nt. Maeijer.

96. Duk 2002, p. 9.

97. OK 13 februari 2003, ARO 2003, 45 (FNV Ledenservice I) en OK 28 april 2004, ARO 2004, 72 (FNV Ledenservice II).

HOOFDSTUK 4

overeenkomst. FNV Bondgenoten had deze overeenkomst opgezegd, als gevolg waarvan FNV Ledenservice, na daartoe verricht strategisch onderzoek, overwoog het aantal werknemers te verminderen. De ondernemingsraad verzette zich hiertegen, onder meer stellende dat FNV Ledenservice en FNV Bondgenoten als medeondernemers dienden te worden beschouwd. FNV Bondgenoten was lid van FNV Ledenservice, had stemrecht in de algemene ledenvergadering, was verreweg zijn grootste afneemster en financier, en een lid van het hoofdbestuur van FNV Bondgenoten was voorzitter van het dagelijks bestuur van FNV Ledenservice. FNV Ledenservice was bovendien niet vrij om hulp te bieden aan andere dan de aangesloten vakorganisaties. Deze omstandigheden brachten de Ondernemingskamer niet tot het oordeel dat hier sprake was van medeondernemerschap, nu FNV Bondgenoten en FNV Ledenservice aparte rechtspersonen waren, waarin geen zeggenschapsrelaties bestonden zoals bijvoorbeeld tussen moeder- en dochtervennootschappen het geval is. FNV Bondgenoten had voorts geen overwegende zeggenschap in het algemeen bestuur van FNV Ledenservice, had geen relevant omvangrijker stemrecht dan de andere vakorganisaties, en het besluit om bepaalde vormen van dienstverlening aan leden van de aangesloten bonden niet meer uit te besteden aan FNV Ledenservice was niet naar zijn aard een besluit dat binnen de sfeer van de aan de organen van FNV Ledenservice toekomende bevoegdheden viel.

In de zaak FNV Ledenservice II moest de Ondernemingskamer oordelen over een ander besluit, de opheffing van FNV Ledenservice, en kwam zij tot een tegengesteld oordeel. Niettegenstaande het feit dat de statutaire en feitelijke zeggenschapsverhoudingen tussen de verenigingen ongewijzigd waren gebleven, oordeelde de kamer dat het antwoord op de vraag of sprake is van medeondernemerschap niet alleen wordt bepaald door de relatie tussen de rechtspersonen in het algemeen, maar ook door de aard en de inhoud van enig te nemen of genomen besluit.⁹⁸

Daardoor ontstaat een drietrapsraket. Van medeondernemerschap kan slechts sprake zijn indien (1) de ondernemer stelselmatige invloed uitoefent op de andere ondernemer, (2) het besluit rechtstreeks ingrijpt in de onderneming van die tweede ondernemer, en (3) de aard van het besluit de conclusie rechtvaardigt dat sprake is van medeondernemerschap.

Die beoordeling op besluitsniveau lijkt onder meer terug te keren in de zaak Novio.⁹⁹ Novio verrichtte diensten op het gebied van openbaar vervoer rond Nijmegen. Connexxion voerde openbaarvervoerdiensten in heel Nederland uit, onder meer via zijn dochtervennootschappen Hermes en Novio. Novio had in

98. Ik refereer hierna kortweg aan de aard van het besluit.

99. OK 10 mei 2011, ARO 2011, 92.

2006 een vervoersconcessie voor het gebied rond Nijmegen verworven. Toen het bestek hiervoor werd vrijgegeven, besloot Connexxion dat niet Novio, maar Hermes op de concessie zou inschrijven. De ondernemingsraad van Novio kwam hiertegen in beroep, stellende dat met dit besluit ook het besluit werd genomen om Novio op te heffen. Daarbij betrok hij zowel Novio als Connexxion in rechte, nu Connexxion in zijn ogen als medeondernemer kon worden aangemerkt. De Ondernemingskamer volgde de ondernemingsraad in dat standpunt, nu duidelijk was dat Connexxion in de besluitvorming op dit punt geheel bepalend was, zowel binnen Novio als binnen Hermes; het was Connexxion dat bepaalde wie het de inschrijving liet doen. Vervolgens overwoog de Ondernemingskamer (onderstreping MH): “Connexxion neemt hier ten opzichte van Novio een positie die haar stelselmatig en in ieder geval voor zover hier van belang, een zodanige invloed op de besluitvorming binnen de onderneming van Novio verschaft dat gezegd moet worden dat Connexxion de onderneming van Novio mede in stand houdt.” Hoewel de conclusie was dat Novio en Connexxion het adviesrecht van de ondernemingsraad onvoldoende serieus hadden genomen, werd het verzoek om aan Connexxion en Novio de verplichting op te leggen het besluit in te trekken afgewezen, nu dit tot gevolg zou hebben dat vóór de sluitingsdatum van de inschrijving geen enkele inschrijving van een van de ondernemingen van Connexxion zou kunnen plaatsvinden.

De woorden “in ieder geval voor zover hier van belang” zijn in de beoordeling van het medeondernemerschap nieuw en in de beschikking van de Hoge Raad inzake Haagse Grenscorrecties niet te vinden. Heeft de Ondernemingskamer beoogd hierdoor een vierde eis aan de beoordeling van medeondernemerschap te stellen? Ik meen dat dit niet het geval is, maar dat de Ondernemingskamer hier de grote mate van vrijheid heeft willen bevestigen, die zij ziet in de beoordeling van de vraag of van medeondernemerschap sprake is. De uitkomst van die vraag kan van geval tot geval verschillend zijn, ook in situaties waarin zeggenschapsverhoudingen sterk op elkaar lijken of, bij de beoordeling van verschillende besluiten, zelfs ongewijzigd zijn gebleven.¹⁰⁰

In de literatuur is twijfel ontstaan over de vraag wanneer van toerekening en wanneer van medeondernemerschap kan worden gesproken. Verburg¹⁰¹ meent dat van toerekening sprake is bij de vraag of de ondernemingsraad al dan niet een adviesrecht heeft, en zo ja, op welk moment. Bij medeondernemerschap is op zichzelf geen dispuut dat er adviesrecht bestaat, maar gaat het om de vraag

100. In de zaak-Novio week de Ondernemingskamer overigens niet af van haar eerdere oordeel dat Connexxion jegens Novio als medeondernemer moest worden beschouwd, zie OK 29 maart 2010, ARO 2010, 181.

101. Verburg 2007, p. 191.

HOOFDSTUK 4

wie advies moet vragen. Verburg verwijst voor de inhoudelijke beoordeling naar de uitspraak van de Hoge Raad in de enquêteprocedure rondom Landis,¹⁰² waarin is beslist dat voor toewijzing van een concernenquête moet worden gekeken naar de economische werkelijkheid in de groep. Verburg betoogt dat, als daadwerkelijk sprake is van een hoger concernniveau met een eigen aandachtsgebied, dat verder reikt dan het bereik van de Nederlandse activiteit van de dochtervennootschap met een ondernemingsraad waarvan het adviesrecht in het geding is, er in principe geen sprake is van toerekening van besluitvorming van de concernleiding.¹⁰³ Anders gezegd: het gaat hem om de vraag waar het zwaartepunt (Verburg noemt dit *substance*) van de besluitvorming ligt.

Sprengers maakt onderscheid tussen situaties waarbij een bepaald besluit van een andere rechtspersoon dan de ondernemer voor goede toepassing van de WOR in het geding is (toerekening) en situaties waarbij er sprake is van stelselmatige betrokkenheid van een andere rechtspersoon bij de besluitvorming van de onderneming waarvoor de ondernemingsraad is ingesteld (medeondernemerschap).¹⁰⁴ Hij meent dat de Ondernemingskamer de begrippen medeondernemerschap en toerekening niet ziet als te onderscheiden begrippen. Hij ziet voorts een verschil tussen de jurisprudentie van de Ondernemingskamer en de Hoge Raad over het medeondernemerschap. Door het hanteren van de criteria inzake de aard van het besluit en de aan de orde zijnde omstandigheden van het geval verenigt de Ondernemingskamer het begrip medeondernemerschap tot de betrokkenheid bij het besluit dat aan de orde is, terwijl de Hoge Raad naar zijn mening meer het accent legt op een stelselmatige betrokkenheid bij de besluitvorming in het algemeen.¹⁰⁵

Bartman/Dorresteyn kiezen een andere benadering.¹⁰⁶ Indien een adviesplichtig besluit niet kan worden toegerekend aan de dochter, bijvoorbeeld omdat die dochter niet bevoegd zou zijn een dergelijk besluit te nemen, kiezen zij voor de methode van vereenzelviging; daarvoor is wel nodig dat de moedervernootschap “grote zeggenschap” heeft binnen de onderneming van de dochter. Toerekening speelt volgens hen indien bij de besluitvorming door de dochtermaatschappij invloed is uitgeoefend op het besluit dat op het hogere niveau is

102. HR 4 februari 2005, JOR 2005/58 m.nt. Van den Ingh.

103. Verburg 2007, p. 184.

104. Sprengers, annotatie bij OK 15 april 2004, ARO 2004, 63 (VNU) in Sociaal Recht 2004-10 en annotatie bij OK 9 januari 2008, ARO 2008, 35 en OK 19 februari 2008, ARO 2008, 73 (Packard Bell) in Sociaal Recht 2008-6. Zijn standpunt herhaalde hij in Sprengers 2011.

105. Dat laatste is Verburg overigens met hem eens (Verburg 2009a).

106. Bartman/Dorresteyn 2013, p. 190. Hun benadering wordt gesteund door Van het Kaar, annotatie bij OK 14 oktober 2010, ARO 2010, 166 (VLM Airlines) in TRA afl. 2 – februari 2011. Zie voor de techniek van vereenzelviging verder Lennarts 1999, p. 234.

genomen, of als de concernleiding een adviesplichtig besluit heeft genomen terwijl een daarmee corresponderend besluit van de dochtermaatschappij uitblijft. Van Mierlo beschouwt vereenzelviging eveneens als een onmisbare techniek, naast die van toerekening, om het adviesrecht van de ondernemingsraad tot zijn recht te laten komen als een besluit wordt genomen door een derde.¹⁰⁷

Willems¹⁰⁸ meent dat het leerstuk van toerekening in het medezeggenschapsrecht beter kan worden vergeten: het is een civielrechtelijk begrip dat soms nodig is om vast te stellen wie een besluit genomen heeft. Als dat vaststaat, kan zich het probleem voordoen dat het is genomen door een rechtspersoon die niet de ondernemer is als bedoeld in artikel 1 lid 1 sub d WOR, terwijl het wel in diens onderneming gevolgen heeft. Indien dan van hoofdelijk ondernemerschap sprake is, moet in de eerste plaats een relatie tussen de bevoegde besluitnemer en de ondernemer in wiens onderneming het besluit uitwerkt worden vastgesteld. In de tweede plaats moet worden vastgesteld of die relatie voldoende stelselmatige structuur heeft, zodanig dat het aanvaardbaar is dat de ondernemer die het besluit neemt dit ook bij zichzelf aan medezeggenschap moet onderwerpen, hoewel die medezeggenschap niet wordt uitgeoefend door zijn ondernemingsraad. In de derde plaats moet vast komen te staan dat het besluit inderdaad uitwerkt in de onderneming van de ondernemer waarvoor de ondernemingsraad is ingesteld, op een wijze die het adviesplichtig doet zijn.

Ik meen dat alle zojuist samengevatte analyses een zekere waarde vertegenwoordigen. De term vereenzelviging is overigens niet teruggekeerd in latere jurisprudentie van de Hoge Raad in medezeggenschapsrechtelijke aangelegenheden, en de Hoge Raad lijkt in zijn algemeenheid (terecht) geen voorstander van deze techniek.¹⁰⁹ Ik kan mij daarom niet vinden in de opvatting van Bartman/Dorresteyn en Van Mierlo dat de techniek van vereenzelviging in de jurisprudentie nog steeds wordt toegepast of noodzakelijk is. Met Sprengers ben ik het op zichzelf eens dat een zekere stelselmatigheid van invloed, die daadwerkelijk dient te zijn uitgeoefend, inherent is aan het aannemen van medeondernemerschap. Als onderscheidend criterium voor het leerstuk van toerekening of medeondernemerschap overtuigt mij dit niet. Sprengers lijkt over het hoofd te zien dat ook bij toerekening sprake is van een zekere mate van stelselmatigheid van beïnvloeding van het besluitvormingsproces, bijvoorbeeld waar mede waarde wordt gehecht aan een personele unie van beslissers in verschillende organen van het concern. Daarnaast is van belang dat het uiteindelijk bij medeondernemerschap ook steeds gaat om aanvechting van

107. Van Mierlo 2013, p. 203.

108. Willems 2011b, p. 116.

109. HR 13 oktober 2000, JOR 2000/238 m.nt. De Witt Wijnen (Rainbow/Ontvanger).

HOOFDSTUK 4

één of meer concrete besluiten die in de beroepsprocedure aan de orde worden gesteld, zodat zijn onderscheid tussen toerekening en medeondernemerschap vervaagt.¹¹⁰ Ik vind steun bij Ingelse: hij meent dat het voldoende is dat stelselmatig de mogelijkheid bestaat die invloed uit te oefenen; de omstandigheid dat die invloed daadwerkelijk slechts in een concreet geval werd uitgeoefend, hoeft niet aan het aannemen van medeondernemerschap in de weg te staan.¹¹¹

De gedachte van Verburg, dat van toerekening wordt gesproken indien betwist wordt of er adviesrecht is, spreekt aan. In een aantal uitspraken waarin toerekening aan de orde kwam, lijkt dit inderdaad de vraag te zijn geweest. Voor de beantwoording voor de vraag *wanneer* advies moet worden gevraagd is Verburgs onderscheid niet onmiddellijk bruikbaar: in de zaak FNV Ledenservice II ging het juist om die vraag (FNV Ledenservice had al een adviesaanvraag ingediend, maar dit kwam volgens de Ondernemingskamer te laat omdat het besluit in feite reeds op het niveau van de deelnemende bonden was genomen), terwijl de Ondernemingskamer hier uitging van medeondernemerschap. Daarnaast kan een geschil over het al dan niet bestaan van een adviesplicht eveneens door toepassing van het leerstuk van medeondernemerschap worden opgelost.¹¹²

Is voor de toepassing van toerekening of medeondernemerschap uitsluitend beslissend welke partijen in rechte zijn betrokken? Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat dit gegeven van belang is. De term toerekening wordt overigens zelden gebruikt, maar als dit gebeurt, gaat het om situaties waarin de ondernemingsraad één partij in rechte heeft betrokken. De zaken waarin toerekening aan de orde is geweest – zie Heuga,¹¹³ Rijksrecherche,¹¹⁴ VNU,¹¹⁵ SSH¹¹⁶ en Honeywell¹¹⁷ – hebben met elkaar gemeen dat slechts één partij als verweerster in de beroepsprocedure optrad. In andere uitspraken spreekt de Ondernemingskamer meestal over medeondernemerschap. In de

110. Zo ook Verburg 2009a.

111. Ingelse 2012.

112. Zie bijvoorbeeld de hierna besproken zaak VLM Airlines (onderdeel 4.4.2 van dit hoofdstuk), waarin de ondernemer betwistte dat het besluit tot wijziging van de naam en doelomschrijving van de vennootschap in de statuten adviesplichtig was, welke stelling door de Ondernemingskamer onder toepassing van de leer van het medeondernemerschap werd verworpen (OK 14 oktober 2010, ARO 2010, 166).

113. HR 26 januari 1994, NJ 1994, 545 m.nt. Maeijer.

114. HR 1 maart 2002, NJ 2002, 295 m.nt. Maeijer.

115. OK 15 april 2004, ARO 2004, 63.

116. OK 20 oktober 2005, ARO 2005, 191.

117. OK 17 januari 2008, ARO 2008, 36.

zaak Honeywell heeft de Ondernemingskamer een keuze tussen deze leerstukken overigens nadrukkelijk in het midden gelaten. De ondernemingsraad had in die zaak gesteld dat het door de concernleiding genomen besluit aan de Nederlandse ondernemer moest worden toegerekend, waarop deze zich verweerde met de stelling dat van medeondernemerschap geen sprake kon zijn. De Ondernemingskamer overwoog in r.o. 3.4 als volgt: “Wil in het onderhavige sprake (kunnen) zijn van een adviesplichtig besluit in de zin van de WOR, dan moet dit dus aan Honeywell Emmen kunnen worden toegerekend. De Ondernemingskamer constateert in dit verband nog dat – anders dan het verweer van Honeywell Emmen doet vermoeden – de vraag of sprake is van medeondernemerschap door de ondernemingsraad in het kader van het onderhavige geschil niet aan de orde is gesteld.” Hier had de Ondernemingskamer duidelijkheid kunnen verschaffen, bijvoorbeeld door te overwegen dat medeondernemerschap niet aan de orde was omdat slechts één partij in rechte was betrokken, de vereiste stelselmatigheid voor medeondernemerschap ontbrak, of omdat hier de vraag naar het al dan niet bestaan van de adviesplicht centraal stond. Dit alles heeft de Ondernemingskamer niet gedaan, naar ik vermoed met als doel op dit terrein maximale vrijheid te behouden.

Voor het verschil tussen toerekening en medeondernemerschap lijkt mij uiteindelijk bepalend of de vennootschap/ondernemer op wiens onderneming een besluit inwerkt dit besluit zelf kan nemen. Als in concernverhoudingen een besluit zowel door de moeder als door de dochter genomen kan worden, behoort het oordeel dat het om medeondernemerschap gaat tot de mogelijkheden; als het besluit niet door de dochter kan worden genomen maar een elders in het concern genomen besluit haar wel direct of indirect treft, kan het haar onder omstandigheden worden toegerekend. Dat zal zich onder meer kunnen voordoen indien de dochter door een vorm van betrokkenheid een zekere medeverantwoordelijkheid voor het besluit draagt. De uiteindelijke beoordeling door de rechter blijft in sterke mate gekleurd door de redelijkheid en de wens tot het bereiken van een bepaald resultaat; de daaruit volgende jurisprudentie is naar haar aard in zekere mate onvoorspelbaar.

2.4.3 De structuurregeling

De structuurregeling heeft, zo beschreef ik in hoofdstuk 3, een arbeidsrechtelijke achtergrond: het doel van de wetgever was om de medezeggenschap van werknemers te vergroten door toekenning van invloed op de samenstelling van de raad van commissarissen. Aan de raad van commissarissen van de structuurvennootschap zijn bevoegdheden toegekend die overigens aan de algemene vergadering toekomen. De belangrijkste daarvan is wat mij betreft de toekenning van de ontslagbevoegdheid van het bestuur aan de raad van commissarissen van de structuurvennootschap waarop het volledige regime van

HOOFDSTUK 4

toepassing is. Bij de wetswijziging in 2004 werd nagestreefd de invloed van aandeelhouders op de structuurvennootschap te vergroten en werd, naast het recht de raad van commissarissen collectief heen te zenden, ook het recht tot benoeming van commissarissen bij de aandeelhouders gelegd. De ondernemingsraad verkreeg toen onder meer het versterkte recht van aanbeveling van eenderde van het aantal leden van de raad van commissarissen.

Iedere raad van commissarissen moet in zekere mate onafhankelijk zijn, maar bij de structuurregeling is de nadruk op die onafhankelijkheid vergroot, omdat de raad belangrijke bevoegdheden toekomen. Ik beschouw dit als een positief element van de structuurregeling en ben, meer in het algemeen, een voorstander van deze regeling. Met Timmerman ben ik van mening dat het van belang is om het idee van het belangenpluralisme in de structuur van de vennootschap tot uitdrukking te brengen.¹¹⁸ De positieve werking van de regeling komt vooral voort uit de bufferfunctie die de raad van commissarissen in de structuurvennootschap vervult. De structuurregeling plaatst de algemene vergadering op grotere afstand van de vennootschap, doordat de raad van commissarissen in feite tussen die relatie staat. Aandeelhouders die willen ingrijpen in het beleid en de gang van zaken van de structuurvennootschap zullen eerst langs de raad van commissarissen moeten, en daar kan onder omstandigheden een heilzame werking van uitgaan. De bufferfunctie van de raad van commissarissen was onder meer zichtbaar in de zaak Smit Transformatoren. Daar werd door aandeelhouders opgetreden op een manier die volgens annotator Leijten¹¹⁹ “een schoolvoorbeeld” van handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid was. Die aandeelhouders konden niet zonder meer overgaan tot schorsing en ontslag van de bestuurders: daartoe moesten zij eerst de raad van commissarissen beïnvloeden, hetgeen zij ook hebben geprobeerd. Hetzelfde geldt in zekere mate voor de zaak Stork.¹²⁰ Op de raad van commissarissen van Stork is – onder meer in het rapport van de enquêteurs – kritiek geuit, die erop neerkomt dat hij onvoldoende onafhankelijk van het bestuur opereerde en zich te weinig gelegen liet liggen aan de belangen van de aandeelhouders. Dat neemt niet weg dat ook deze zaak de bufferfunctie van de raad van commissarissen zichtbaar maakt. De aandeelhouders konden niet zonder meer overgaan tot het afdwingen van hun visie op de strategie van de onderneming, waarvan de bepaling volgens inmiddels vaste jurisprudentie is voorbehouden aan het bestuur; zij konden niet verder gaan dan te pogen gebruik te maken van het heenzendrecht van artikel 2:161a BW.

118. Timmerman 2004, p. 1.

119. OK 5 oktober 2005, JOR 2005/296, m.nt. Leijten.

120. OK 17 januari 2007, JOR 2007/42, m.nt. Blanco Fernández.

In de structuurregeling speelt de ondernemingsraad een belangrijke rol in het borgen van de onafhankelijkheid van de raad van commissarissen door het (versterkte) recht van aanbeveling. Uit onderzoek blijkt dat hij van dit recht relatief weinig gebruikmaakt, zij het dat wel een stijging zichtbaar is.¹²¹ Naar mijn mening zouden ondernemingsraden het doen van aanbevelingen voor commissarissen tot hun taak moeten rekenen. Daarbij hoort dat niet alleen gebruik wordt gemaakt van de hem bij wet toegekende rechten, maar ook dat hij toeziet op de kwaliteit van de aanbevolen kandidaat: deze dient in voldoende mate onafhankelijk te zijn van de onderneming waarbinnen benoeming wordt beoogd en dient over kennis te beschikken van de wijze waarop het spel binnen (grote) ondernemingen wordt gespeeld. Het zal voor ondernemingsraden in de praktijk niet altijd gemakkelijk zijn dergelijke kandidaten te vinden. Het lijkt verstandig dat een centraal reservoir van kwalitatief goede commissarissen wordt aangelegd, waaruit ondernemingsraden kunnen putten.

Wanneer een monistisch stelsel bij een structuurvennootschap wordt ingevoerd, bestaat het gevaar dat de bufferfunctie verdwijnt en niet-uitvoerende bestuurders zich in een gelijke (rechts)positie als uitvoerende bestuurders bevinden. De wetgever heeft daarom in artikel 2:164a BW bepaald dat de structuurregeling ook geldt voor vennootschappen die een one-tierbestuur willen invoeren. Daardoor wordt deels afgeweken van de gedachte achter de structuurregeling, te weten dat wanneer de vennootschap een bepaalde omvang heeft bereikt, ervan wordt uitgegaan dat de daarmee verbonden onderneming zozeer maatschappelijk van betekenis is, dat de vrijheid van de ondernemer om de eigen structuur te kiezen moet wijken voor het belang van de maatschappij bij goed en onafhankelijk toezicht.

De niet-uitvoerende bestuurder neemt deel aan de vorming van elk besluit van het one-tierbestuur. Zijn invloed is niet beperkt tot goedkeuring van belangrijke besluiten, zoals bij een commissaris het geval is.¹²² De door de ondernemingsraad voorgedragen toezichthouder staat zo dicht bij de besluitvorming. Bovendien krijgt de niet-uitvoerende bestuurder meer informatie dan hij in de functie van commissaris zou hebben ontvangen.¹²³ Dat kan positieve consequenties hebben voor de kwaliteit van de medezeggenschap. Wanneer er een probleem speelt tussen ondernemer en ondernemingsraad, is de drempel voor de ondernemingsraad om de raad van commissarissen te benaderen vaak hoog: het geschil lijkt daardoor te escaleren, terwijl men wel zou willen dat de

121. Van Beurden e.a. 2009, p. 23, Van Gijzen e.a. 2011, p. 91 en MNO 2012, p. 10.

122. Dumoulin 2005. Artikel 2:164a BW bepaalt dat de goedkeuring van de in artikel 2:164 lid 1 BW genoemde belangrijke besluiten in een structuurvennootschap met een one-tierbestuur de meerderheid van de niet-uitvoerende bestuurders van de vennootschap vereist.

123. Kamerstukken II 2008-2009, 31 763, nr. 6, p. 4.

HOOFDSTUK 4

toezichthouders op de hoogte zijn van de problematiek. In zulke gevallen moet de ondernemingsraad dan een beroep doen op de verschijningsplicht van commissarissen bij overlegvergaderingen zoals neergelegd in artikel 24 lid 2 WOR. Bij het one-tierbestuur zijn de niet-uitvoerende bestuurders beter op de hoogte en speelt deze problematiek wellicht minder.

Geeft de invoering van het monistische stelsel in de structuurvennootschap aan de ondernemingsraad sterkere middelen om, langs de band van de versterkt voorgedragen niet-uitvoerende bestuurder, invloed uit te oefenen op het strategisch beleid? Anders gezegd: kan in het one-tierbestuur via structurele medezeggenschap ook materiële medezeggenschap worden uitgeoefend? Die vragen zijn door de wetgever ontkennend beantwoord, zowel voor de vennootschap met een monistische als die met een dualistische structuur. Een commissaris die op basis van het (versterkte) aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad wordt benoemd door de algemene vergadering van een structuurvennootschap, voldoet niet als werknemerscommissaris: hij moet zich richten op het belang van de vennootschap. Dat geldt ook voor de structuurvennootschap met een one-tierbestuur. De niet-uitvoerende bestuurder die benoemd wordt door de aandeelhoudersvergadering volgend op een aanbeveling van de ondernemingsraad, dient het belang van de vennootschap en niet – slechts – van de werknemers.¹²⁴

De one-tierstructuurvennootschap heeft een grote mate van flexibiliteit bij de inrichting van haar systeem. Die flexibiliteit is in het dualistische stelsel overigens al aanzienlijk: artikel 2:158 lid 12 BW bepaalt dat in de statuten van een groot aantal belangrijke wettelijke regelingen kan worden afgeweken, waaronder het versterkte aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad. Partijen kunnen zelf een andere wijze van benoemen van de raad van commissarissen overeenkomen en deze bijvoorbeeld uit handen nemen van de algemene vergadering en terugleggen bij die raad zelf.¹²⁵ Artikel 2:129a lid 3 BW maakt het voor het one-tierbestuur mogelijk om in de statuten te bepalen dat één of meer bestuurders rechtsgeldig kunnen besluiten over zaken die tot hun taak behoren. Dat betekent dat de structuurvennootschap met een one-tierbestuur tot een verfijndere taakverdeling kan overgaan en bijvoorbeeld zelfs in haar statuten kan regelen dat de door de ondernemingsraad versterkt voorgedragen niet-uitvoerende bestuurder rechtsgeldig kan besluiten over werknemersaangelegenheden. Anderzijds is het ook mogelijk om de invloed van zo'n bestuurder te beperken of zelfs de hele systematiek van het versterkte aanbevelingsrecht door de ondernemingsraad weg te schrijven. Door introductie van het one-tierbestuur in die regeling kan een modern structuurregime worden gecreëerd, waarbinnen maatwerk wordt geleverd door de grote mate van flexibiliteit die

124. Kamerstukken II 2008-2009, 31 763, nr. 6, p. 16.

125. Kemperink e.a. 2006, Schwarz 2006 en Holtzer 2009a, p. 59.

het systeem kent. Daardoor kan tegemoet worden gekomen aan de in de praktijk veelgehoorde kritiek op de structuurregeling, namelijk dat deze ingewikkeld in elkaar steekt of voor de vennootschap tot ongewenste gevolgen leidt.

Deze flexibiliteit vraagt de bijzondere aandacht van de ondernemingsraad. Voorafgaand aan het besluit tot overgang van een dualistisch op een monistisch systeem dient op de voet van artikel 25 WOR advies te worden verzocht, indien de wijziging van bevoegdheden doorwerkt in de onderneming.¹²⁶ In veel gevallen zal de raad, indien hij bereid is af te zien van het versterkte recht van aanbeveling, naar middelen zoeken om, ook binnen de one-tierstructuur-vennootschap, een zekere mate van behoud van het werknemersperspectief te realiseren. Daarnaast lijkt het, meer in zijn algemeenheid, aan te bevelen dat hij erop toeziet dat de niet-uitvoerende bestuurders de meerderheid van stemmen binnen het one-tierbestuur hebben. Als dat leidt tot een sterke, onafhankelijke positie van de niet-uitvoerende bestuurders, al dan niet na versterkte aanbeveling van de ondernemingsraad, dan kan een zinvol evenwicht binnen de vennootschap worden gevonden.

2.5 *Evaluatie*

De strategievorming door het bestuur van de Nederlandse onderneming vindt over het algemeen op relatief geringe afstand van de werknemers plaats; de omvang en de structuur van de onderneming spelen daarbij een grote rol. Uit sociologisch onderzoek volgt dat de medezeggenschap van werknemers bij Nederlandse ondernemingen redelijk sterk genoemd mag worden. Het overleg tussen bestuur en ondernemingsraad verloopt in zijn algemeenheid naar tevredenheid, maar lijkt niet vaak over de strategie van de onderneming te gaan. Waar het strategisch overleg te wensen overlaat, lijkt dit een kwestie van gebrek aan deskundigheid of belangstelling bij de ondernemingsraad en is het slagen van overleg mede afhankelijk van de bereidwilligheid van het bestuur om over strategische zaken te spreken.

Bij geschillen rondom het beleid van de vennootschap kan de ondernemingsraad soms een krachtige rol vervullen wanneer hem bij overeenkomst het recht van enquête wordt toegekend. Uit de jurisprudentie blijkt dat het vaak ging om gevallen waarin de belangen van het bestuur en de ondernemingsraad min of meer parallel liepen, zonder dat die overigens op één lijn te stellen waren.

Binnen de Nederlandse onderneming beschouw ik het beroepsrecht als een relatief sterk middel voor de ondernemingsraad om strategische besluiten aan te

126. Kamerstukken II 2008-2009, 31 763, nr. 3, p. 16.

HOOFDSTUK 4

tasten. Ingevolge artikel 26 WOR kan hij een procedure voeren die onder omstandigheden diep kan ingrijpen op de koers van de ondernemer. De basis van dit recht blijft zoals de wetgever het bedoelde: de ondernemer beslist, de ondernemingsraad adviseert. Door de hoge eisen die de rechter aan de informatievoorziening, het overleg en de motivering van het besluit stelt, kan de beroepsprocedure ertoe leiden dat de strategische besluitvorming diepgaand wordt getoetst en kunnen de consequenties van een negatief oordeel van de rechter verstrekkend zijn.

Artikel 26 WOR verlangt dat de rechter uitspreekt of een besluit kennelijk onredelijk is, en daarbij spelen alle omstandigheden van het geval een rol. In mijn ogen dient de rechter ervoor te waken dat de aard van het besluit te veel zelfstandige betekenis toekomt en als zodanig een doorslaggevend gewicht in de schaal legt. Het zou de rechtspraak dienen wanneer in de jurisprudentie, op een duidelijkere wijze dan tot nu toe is geschied, inzicht wordt geboden in (1) het gewicht dat aan alle relevante omstandigheden wordt toegekend en (2) de technieken die worden gehanteerd om juridische structuren te doorbreken.

Uit de hier besproken jurisprudentie vloeit voort dat algemene regels moeilijk te formuleren zijn. Er is sprake van een zekere mate van voorspelbaarheid op het terrein van de hoofdlijnen in die jurisprudentie (het belang van deugdelijke informatievoorziening, overleg en motivering vergeleken met de beleidsvrijheid van de ondernemer), maar deze is minder als het gaat om de toepassing van die hoofdlijnen op concrete besluiten. Naar mijn mening leidt die onvoorspelbaarheid ertoe dat het weinig nut heeft de rechtspraak over toerekening en medeondernemerschap te codificeren, zoals de Vereniging voor Arbeidsrecht wel heeft voorgesteld, nu deze onvoldoende is uitgekristalliseerd.¹²⁷

De structuurregeling speelt in de Nederlandse onderneming een belangrijke rol. Bij geschillen tussen aandeelhouders en het bestuur over de strategie kan de raad van commissarissen een bufferfunctie vervullen, doordat hij het bestuur kan ontslaan, althans belangrijke strategische besluiten moet goedkeuren voordat ze kunnen worden uitgevoerd. De ondernemingsraad heeft een belangrijke taak bij het bewaken van de onafhankelijkheid van de raad van commissarissen en zou – vaker dan hij nu doet – gebruik moeten maken van zijn (versterkte) recht van aanbeveling. Het inrichten van een centraal bestand van kwalitatief goede commissarissen zou hem kunnen helpen. De structuurregeling kenmerkt zich door een grote flexibiliteit, die bij een monistisch bestuursstelsel vergroot wordt doordat in de statuten bepaald kan worden dat bestuurders rechtsgeldig kunnen besluiten over zaken die tot hun taak behoren. Ik sluit niet uit dat, ook bij ondernemingen met een one-tiersstelsel, van deze

127. De Blécourt e.a. 2009. Zie eveneens in kritische zin Duk 2010a en Duk 2010b.

flexibiliteit gebruikgemaakt wordt om zo tot maatwerk per structuurvennootschap te komen.

De in dit onderdeel besproken thema's spelen eveneens een rol bij de tweede categorie van de medezeggenschapsrechtelijke driedeling in het Nederlandse bedrijfsleven, te weten de Nederlandse internationale concerns. Het internationale karakter van die concerns zorgt voor een toename van de complexiteit in de afwegingen van de diverse daarbij betrokken belangen, zoals ik nu uiteen zal zetten.

3 Nederlandse internationale concerns

Een van de belangrijkste ontwikkelingen voor concerns sinds de Tweede Wereldoorlog is de globalisering van de economie. Deze ontwikkeling heeft zich zowel bij Nederlandse als bij buitenlandse internationale concerns voorgedaan. Globalisering heeft gezorgd voor een daling van de kosten voor transport en communicatie. Voorts is sprake van een toename van informatie en technologie over de grenzen; nationale infrastructuren zijn eenvormiger geworden en handelsbelemmeringen zijn afgenomen. Het resultaat daarvan is een groei van internationale handel en investeringen, leidend tot de noodzaak om centraal een wereldwijde concernstrategie te ontwikkelen. In die strategievorming doet zich een paradox voor: hoewel ondernemingen wereldwijd met elkaar concurreren en materialen, kapitaal en kennis zich vrijelijk over de wereld bewegen, blijven locaties een cruciale rol spelen in het bepalen van de concurrentiekracht.¹²⁸

Ghemawat¹²⁹ gebruikt de term *semiglobalization* om de werkelijke staat van integratie over de grenzen te karakteriseren: “borders still matter a great deal, but so do flows across them.” Geografische afstanden blijven belangrijk en grotere afstanden zorgen voor een afname van de intensiteit van de handel. Dit effect is volgens zijn onderzoek zelfs zichtbaar bij ontastbare stromen als financiën en informatie: de kwaliteit daarvan neemt af naarmate de afstand toeneemt. De implicatie hiervan is dat een goede wereldwijde strategie niet steeds hetzelfde is voor alle landen, maar rekening houdt met de verschillen die aan de nationale grenzen verbonden zijn en de mogelijkheden deze te overbruggen.¹³⁰ Het belang van landsgrenzen en afstanden is overigens verkleind

128. M.E. Porter, *Competing across locations: enhancing competitive strategy through a global strategy*, in: Porter 2008, p. 305.

129. Ghemawat 2011, p. 17.

130. Ghemawat 2009, p. 149.

HOOFDSTUK 4

door de ontwikkeling van nieuwe methoden van telecommunicatie en het internet.

Het internet heeft een groot effect gehad op de werkwijze van wereldwijde concerns, zodanig dat goed gebruik ervan eerder een bestaansvoorwaarde is geworden dan dat het een concurrentievoordeel oplevert. Tegenwoordig gebruiken de meeste concerns vrijwel vergelijkbare internetapplicaties, vaak ontwikkeld vanuit standaardpakketten die door ontwikkelaars worden aangeboden. De daaruit resulterende operationele effectiviteit wordt breed gedeeld en het komt zelden voor dat concerns door internet duurzame voordelen behouden. De ontwikkeling van de wereldwijde strategie is zo volgens Porter een kwestie van discipline geworden. Strategievorming vereist aandacht voor winstgevendheid (niet alleen voor groei) en de bereidheid om moeilijke keuzes te maken. Zelfs grote gevestigde concerns zijn door de ontwikkeling van het internet vergeten wat ze uniek maakt. Sommige hebben zich te veel geconcentreerd op de implementatie van nieuwe internetapplicaties en het kopiëren van methoden van anderen: “In our quest to see how the internet is different, we have failed to see how the internet is the same. While new means of business have become available, the fundamentals of competition remain unchanged.” Alleen door het internet te integreren in een brede en diverse wereldwijde strategie kunnen concerns concurrentievoordelen uit deze technologische ontwikkeling behalen.¹³¹

De wereldwijde strategie van concerns neemt veel vormen aan. Sommige concurrentievoordelen van een wereldwijde strategie vloeien voort uit een locatie, andere uit het wereldwijde netwerk en de manier waarop dit wordt aangestuurd. Iedere mondiale strategie begint gewoonlijk bij een voordeel verbonden aan een locatie, dat zijn weerslag vindt in de concurrentiepositie van het concern. Dit voordeel zorgt ervoor dat het concern kan doordringen in de internationale markt en de belemmeringen van de concurrentie in andere landen kan overwinnen. De meeste multinationale concerns centraliseren hun meest ontwikkelde activiteiten nog steeds in één land, dat niet noodzakelijk het land van het hoofdkantoor hoeft te zijn. De omvang van de markt van het thuisland van het concern is zo minder belangrijk dan de mogelijkheid de wereldmarkt te penetreren.¹³²

Sommige Nederlandse concerns hebben van de globalisering kunnen profiteren en zijn uitgroeid tot wereldspelers met vestigingen in vele landen. Vanuit de

131. M.E. Porter, *Strategy and the internet*, in: Porter 2008, p. 132.

132. M.E. Porter, *Competing across locations: enhancing competitive strategy through a global strategy*, in: Porter 2008, p. 319.

Nederlandse topholding komen deze concerns tot de bepaling van een eigen wereldwijde strategie.

3.1 Vorming van de concernstrategie binnen de Nederlandse topholding

Volgens Porter vindt de vorming van strategie binnen concernverband op twee niveaus plaats.¹³³

“A diversified company has two levels of strategy: business unit (or competitive) strategy and corporate (or company wide) strategy. Competitive strategy concerns how to create competitive advantage in each of the businesses in which a company competes. Corporate strategy concerns two different questions: what businesses the corporation should be in and how the corporate office should manage the array of business units. Corporate strategy is what makes the corporate whole add up to more than the sum of its business unit parts.”

Uit deze tweedeling van Porter kunnen conclusies worden getrokken voor de taakstelling van de concernleiding. Haar taak is de vormgeving van het beleid van de gehele groep. Bij de strategische beleidsbepaling dient zij zorg te betrachten voor de concurrentiepositie van de dochtervennootschappen als onderdeel van het concern, nu het welslagen van het concernbeleid afhangt van het succes van de individuele ondernemingen die daarvan deel uitmaken. Het is niet de primaire taak van de concernleiding om het beleid van iedere dochtervennootschap te bepalen. Ze dient te zorgen voor de samenhang van het beleid van de gehele groep en daarbij in beginsel niet het beleid van een of meer dochtervennootschappen de overhand te geven. Zij moet zoeken naar een balans tussen het scheppen van voorwaarden voor het succesvol ondernemen van de dochtervennootschappen en het bewaken van de strategie als geheel, waaraan de dochters in beginsel ondergeschikt zijn. Daaruit volgt dat het in zekere mate de plicht van de concernleiding is om de belangen van de dochtervennootschap een beperkte plaats te geven in de afweging rondom het grotere geheel. Inherent daaraan is het binnen redelijke grenzen veronachtzamen van operationele details: de implementatie van het concernbeleid is een zaak van het bestuur van de dochtervennootschap.

De taak van de leiding van een Nederlands internationaal concern is complexer dan die van het bestuur van een Nederlandse onderneming. De concernleiding van de vanuit Nederland geleide internationale groep moet de strategie bepalen van het concern als geheel, waarvan de Nederlandse concernvennootschappen

133. M.E. Porter, From Competitive Advantage to Corporate Strategy, in: Porter 2008, p. 133.

HOOFDSTUK 4

deel uitmaken. In sommige vanuit Nederland geleide concerns zijn de buitenlandse activiteiten van groter belang dan de Nederlandse. Ook in concerns waarin de Nederlandse activiteiten significante resultaten opleveren, dient de concernleiding zich te houden aan de strategische beleidsvorming van de gehele internationale groep.

In die gedachte past niet dat Nederlandse werknemers een beduidend sterkere mate van invloed op het concernbeleid krijgen dan bij een buitenlands internationaal concern het geval is. In de meeste situaties is het verkrijgen van die invloed praktisch bezwaarlijk of moeilijk te realiseren. Ook al is de topholding van het concern in Nederland gevestigd, de afstand tussen de concernleiding en de werknemers van de Nederlandse vennootschappen is in de regel te groot om werknemersbetrokkenheid in een eerdere fase van de besluitvorming te realiseren. Gezien de taak van de concernleiding geldt dat het niet juist zou zijn als zij zich te veel zou richten op deelbelangen die spelen bij concernonderdelen, waaronder het belang van de Nederlandse werknemers. De afweging van de belangen van de Nederlandse dochtervennootschappen van het Nederlandse internationale concern is voorbehouden aan het bestuur van die dochters. Het is aan dat bestuur om het werknemersbelang een plaats te geven in de afweging van het concernbelang en het belang van de dochtervennootschap.

Deze uitgangspunten nemen niet weg dat de mogelijkheden voor werknemers om invloed uit te oefenen op het strategisch concernbeleid in beginsel groter zijn dan bij het buitenlandse internationale concern, waarvan de leiding zich buiten Nederland bevindt. In veel gevallen is de (centrale) ondernemingsraad ingesteld op of direct onder het niveau van de topholding. Dat betekent dat die raad om advies gevraagd wordt over aangelegenheden die de internationale groep betreffen en tevens inwerken op de Nederlandse onderneming. Dit komt voor in situaties waarin de WOR geen territoriale beperkingen kent of in gevallen waarin de topholding zelf direct of indirect betrokken is bij besluitvorming die de gehele groep raakt, zoals voorgenomen besluiten tot fusies, overnames of afstotingen dan wel besluiten over financiering en zekerheden. Daarnaast kan het gegeven dat de ondernemingsraad vaak fysiek dicht bij de concernleiding staat (zij delen hetzelfde land, vaak dezelfde taal en soms hetzelfde kantoor) een factor van betekenis zijn bij het verkrijgen van invloed op het besluitvormingsproces, bijvoorbeeld langs de weg van informele contacten.

Hierna zal ik ingaan op de middelen die werknemers van Nederlandse internationale concerns ten dienste staan om enige mate van invloed te verkrijgen op het strategisch beleidsvormingsproces. Hetgeen ik zojuist heb besproken over de strategievorming en de medezeggenschap binnen de Nederlandse onderneming geldt in veel gevallen ook voor het Nederlandse internationale concern. Ik zal mij daarom concentreren op de elementen die voor

deze situatie onderscheidend zijn, te weten de grotere complexiteit van het internationale besluitvormingsproces in het algemeen en het streven van de concernleiding om de internationale activiteiten gescheiden te houden van de nationale in het bijzonder.

3.2 *Informatievoorziening*

De territoriale werking van de WOR kent uitzonderingen voor de informatievoorziening aan de ondernemingsraad. De door de ondernemer te verstrekken gegevens bevatten tevens de belangrijke investeringen in binnen- en buitenland. In de buitenlandclausule van artikel 25 lid 1, laatste zin, WOR is geregeld dat het onder b bepaalde (samengevat: het overnemen of afstoten van de zeggenschap over een andere onderneming) alsmede het onder n bepaalde (samengevat: een adviesopdracht aan een deskundige buiten de onderneming voor zover dit betrekking heeft op een aangelegenheid als bedoeld onder b) niet van toepassing is wanneer de andere onderneming in het buitenland gevestigd is, en dat redelijkerwijs niet te verwachten is dat het voorgenomen besluit zal leiden tot een besluit als bedoeld onder c t/m f (samengevat: een belangrijke reorganisatie voor de onderneming die door de ondernemer in Nederland in stand wordt gehouden). Deze clausule houdt op zichzelf reeds een uitzondering in op de territoriale beperking van de WOR: wanneer bijvoorbeeld het overnemen of afstoten van de zeggenschap over een andere onderneming in het buitenland leidt tot belangrijke consequenties voor de onderneming in Nederland, geldt de buitenlandclausule niet en dient aan de ondernemingsraad advies te worden gevraagd over de transactie in het buitenland.¹³⁴

Voor de informatieverstrekking aan de ondernemingsraad over investeringen in het buitenland is van belang dat de buitenlandclausule in het geheel niet geldt.¹³⁵ Deze informatie dient ook te worden verstrekt wanneer de investering geen belangrijke consequenties heeft voor de Nederlandse onderneming. Het gaat alleen om verwachtingen van de Nederlandse ondernemer over investeringen

134. Kemperink meent overigens dat de buitenlandclausule in het huidige tijdperk een anachronisme is geworden, met name voor zover zij nu nog een rol vervult bij de economische betrekkingen van Nederland met andere lidstaten van de Europese Unie. Hij meent dat er geen goede reden meer is om aan te nemen dat een acquisitie of afstoting door de ondernemer van een in Nederland gevestigde onderneming per definitie effecten zou hebben voor het bij de onderneming van de ondernemer werkzame personeel, terwijl dit niet per definitie het geval zou zijn wanneer het hier een acquisitie of afstoting door de ondernemer zou betreffen van een in een ander land van de Europese Unie gevestigde onderneming. Hij pleit voor schrapping van de buitenlandclausule waar het gaat om voorgenomen besluiten van de ondernemer tot overname of afstoting van zeggenschap over een in een ander land van de Europese Unie gevestigde onderneming (Kemperink 2002, p. 184).

135. Hoofdstuk 3, nr. 2.1.

HOOFDSTUK 4

door die onderneming, niet om investeringen door andere concernvennootschappen (artikel 31a lid 6 slot WOR). Hetzelfde geldt voor het meerjarenplan van de Nederlandse ondernemer (artikel 31a lid 7 WOR).

De reikwijdte van artikel 31a lid 3 WOR, dat betrekking heeft op de door de ondernemer te verstrekken financiële gegevens, is breder. Dit artikel moet zo worden uitgelegd dat de “groep”, waarvan het gezamenlijke resultaat aan de ondernemingsraad moet worden bekendgemaakt, mede de buitenlandse ondernemingen omvat die tot hetzelfde concern behoren. Het doel daarvan is dat de onderneming niet verplicht is een afzonderlijke jaarrekening op te maken voor de gezamenlijke Nederlandse tot die internationale groep behorende ondernemingen.¹³⁶

De WOR heeft dus extraterritoriale werking op de genoemde punten en verschaft de ondernemingsraad in beginsel mogelijkheden om vroegtijdig inzicht te verkrijgen in het te voeren (financiële) beleid van het Nederlandse internationale concern. Daarbij is wel van belang welke entiteit als ondernemer in de zin van de WOR te gelden heeft. Wanneer de ondernemingsraad op het niveau van de topholding van het concern is ingesteld, heeft hij de mogelijkheid de zojuist beschreven rechten uit te oefenen. Dat wordt anders wanneer, zoals bij veel concerns het geval is, de raad op een lager niveau in het concern opereert. Daarmee wordt het antwoord op de vraag hoeveel recht hij op strategische beleidsinformatie heeft, mede afhankelijk van de medezeggenschapsstructuur van het concern.

Dergelijke structuren komen in de praktijk in veel varianten voor. Niet alle Nederlandse internationale concerns kennen een medezeggenschapsstructuur waarin de centrale ondernemingsraad is ingesteld op het niveau van de topholding, groepsondernemingsraden acteren op het niveau van de divisies en lokale ondernemingsraden zijn ingesteld voor separate ondernemingen. Voor zover binnen het concern een centrale ondernemingsraad is ingesteld, is deze vaak verbonden aan een werkmaatschappij die zich enkele niveaus onder de topholding bevindt. Daardoor heeft de topholding niet te gelden als de ondernemer in de zin van de WOR en zijn de rechten van die raad beperkt tot medezeggenschapsrechtelijke relevante handelingen van het bestuur van de werkmaatschappij. Ook in concerns waar een gemeenschappelijke ondernemingsraad actief is, is de vraag naar de structuur daarvan relevant. In het instellingsbesluit voor deze raad kan worden opgenomen voor welke concernvennootschappen deze geldt; de topholding hoeft daarvan niet noodzakelijkerwijs deel uit te maken.

136. Slagter 1981, p. 33.

Het Nederlandse internationale concern kan zo door de structurering van de medezeggenschap invloed uitoefenen op de reikwijdte van de rechten van de ondernemingsraad over de internationale informatievoorziening en beleidsvorming. Soms zal deze medezeggenschapsstructuur historisch zijn gegroeid, maar in veel gevallen wordt bewust een scheiding gemaakt tussen de topholding, op welk niveau het concernbeleid wordt bepaald, en de werkmaatschappijen waar de ondernemingsraad is ingesteld. De vraag welke rechten de raad in die laatste situatie jegens het bestuur van de topholding heeft, hangt dan af van de vraag of sprake kan zijn van toerekening of medeondernemerschap voor bepaalde specifieke besluiten. Daarvoor geldt, zoals ik eerder opmerkte, dat dergelijke beïnvloeding sterk afhankelijk is van de omstandigheden en op een moment komt waarop de gedachten van de concernleiding in verregaande mate zijn uitgekristalliseerd.

Het scheiden van de Nederlandse en buitenlandse activiteiten van het concern kan plaatsvinden door toepassing van de Nederlandconstructie. Deze houdt in dat onder het niveau van de topholding een splitsing tussen buitenlandse en Nederlandse dochtervennootschappen wordt aangebracht, waarbij de Nederlandse dochters onder een Nederlandse structuurvennootschap worden geplaatst.¹³⁷ Of werknemers in een concern dat volgens de Nederlandconstructie is ingericht enige mate van invloed kunnen uitoefenen, hangt dan mede af van de bevoegdheden die de raad van commissarissen op het niveau van de subholding waar de ondernemingsraad is ingesteld heeft gekregen. Wanneer die raad geen rol heeft bij de bepaling van het concernbeleid, is de invloed van de ondernemingsraad gering. Dat betekent dat de ondernemingsraad van het Nederlandse internationale concern weliswaar in theorie mogelijkheden heeft om tot beïnvloeding van de beleidsvorming te komen, maar dat de concernleiding van het Nederlandse internationale concern in de praktijk voldoende mogelijkheden heeft om deze invloed te beperken.

Via de ondernemingsovereenkomst van artikel 32 WOR (hierna ook: convenant) kunnen wel afspraken worden gemaakt over de rol van de ondernemingsraad bij de internationale beleidsvorming, en dat gebeurt in de praktijk in toenemende mate. Volgens onderzoek maken ondernemingsraden van Nederlandse internationale concerns het meest gebruik van de ondernemingsovereenkomst, onder meer om afspraken met de bestuurder te maken over hun betrokkenheid bij grensoverschrijdende aangelegenheden.¹³⁸ De totstandkoming van een dergelijke

137. Hoofdstuk 3, nr. 4.5. Zie Verburg 2007, p. 306 e.v. voor een opsomming van Nederlandse internationale concerns die deze constructie hanteren of hanteerden.

138. Van Beurden e.a. 2009, p. 43. De Blécourt e.a. 2009, p. 31, noemen als voorbeeld het convenant dat Unilever met zijn centrale ondernemingsraad heeft gesloten, waarin de medezeggenschap is geregeld evenals besluitvorming die gevolgen kan hebben voor de Nederlandse vestigingen.

HOOFDSTUK 4

overeenkomst staat of valt met de bereidheid van de concernleiding om hierover afspraken te maken. Dergelijke afspraken zullen overigens zelden inhouden dat de ondernemingsraad vroegtijdig betrokken is in de gedachtevorming over het internationale concernbeleid, in die zin dat hij een rol krijgt bij de vorming van de internationale strategie. Wel bevatten dergelijke convenanten geregeld een bepaling die inhoudt dat het bestuur van de topholding, waar nodig met ondersteuning door de concernstaf, het Nederlandse bestuur adequate informatie zal verstrekken, zodanig dat op het niveau van de Nederlandse dochtervennootschap voldaan kan worden aan de verplichtingen uit de WOR. Deze bepaling lijkt rechtstreeks te zijn ontleend aan de jurisprudentie van de Ondernemingskamer over informatieverschaffing in internationale concerns (zie hierna onder 4.4.1), die daardoor zijn effect op Nederlandse internationale concerns niet mist.

3.3 *Overleg*

De mate waarin binnen Nederlandse internationale concerns overleg met de (Nederlandse)¹³⁹ ondernemingsraad wordt gevoerd, vloeit direct voort uit de zojuist besproken wijze waarop de concernleiding met de strategische informatievoorziening omgaat. Uit de praktijk en uit gesprekken die ik heb gevoerd is mij gebleken dat bij een groot aantal Nederlandse internationale concerns weinig behoefte bestaat aan overleg met de ondernemingsraad over de internationale strategie.

Veel concerns hanteren een klassieke structuur, waarin het internationale beleid wordt bepaald door het bestuur van de topholding (vaak een naamloze vennootschap). Onder de topholding zijn verschillende vennootschappen gebracht, waaronder de buitenlandse vennootschappen en de vennootschap (vaak een besloten vennootschap waarop het verlichte structuurregime van toepassing is) die verantwoordelijk is voor de Nederlandse activiteiten en waar de ondernemingsraad is ingesteld. Aan het bestuur van die laatste rapporteren de leiders van de verschillende Nederlandse divisies of businessunits van het concern. Deze structuur is in overeenstemming met de zojuist beschreven Nederlandconstructie.

Het bestuur van de topholding heeft doorgaans geen contact met de ondernemingsraad en de strategie wordt niet met hem besproken. Wanneer de concernleiding wil overgaan tot verstrekking van een strategische adviesopdracht aan een deskundige buiten de onderneming, wordt die vaak vanuit de topholding verstrekt, zodat de lokale ondernemingsraad daarin niet betrokken wordt. Daardoor stemt de mate van overleg met de raad overeen met werknemersvertegenwoordigers uit andere landen, waarmee evenmin strategisch overleg

139. De Europese ondernemingsraad wordt in hoofdstuk 5 van dit onderzoek behandeld.

plaatsvindt. Als overleg met de ondernemingsraad plaatsvindt, is dat dus op een moment dat de strategie al in vergaande mate is uitgekristalliseerd en gaat het uitsluitend om medewerking aan het Nederlandse deel van het beleid. Dat laatste vindt in de regel plaats door het opstellen van een lokaal implementatieplan, waarover overleg met de ondernemingsraad wordt gevoerd. Dat plan is meestal vatbaar voor aanpassingen, zolang die beperkt blijven tot de personele consequenties van het voorgenomen besluit: het overleg gaat dan niet meer over de inhoud van de achterliggende strategie. Wanneer het gaat om een reorganisatie waarbij ontslagen zijn voorzien, ligt de nadruk vaak op de rol van de vakorganisaties bij de totstandkoming van het sociaal plan en blijft het overleg met de ondernemingsraad beperkt tot operationele aspecten.

Het overleg tussen het bestuur van de topholding en de ondernemingsraad kan een andere dynamiek krijgen wanneer sprake is van een dreiging van buiten de onderneming, bijvoorbeeld in situaties waarin aandeelhouders een andere strategie voorstaan dan bestuur en commissarissen. In sommige gevallen zoekt het bestuur dan actief contact met de ondernemingsraad en wordt de strategie in het daaruit resulterende overleg diepgaand besproken. In andere gevallen kiest de raad zelf zijn positie in een conflict over de strategie; ook dan is geregeld sprake van een welwillende houding van het bestuur van de topholding om over de strategie van gedachten te wisselen. Voorbeelden van dit soort situaties zijn te vinden in een aantal uitspraken ingevolge het enquêterecht, die ik nu zal behandelen.

3.4 *Rechtsmiddelen*

3.4.1 Het enquêterecht

Uit de gepubliceerde jurisprudentie zijn geen voorbeelden bekend waarin de ondernemingsraad van een Nederlands internationaal concern optrad als verzoeker in een enquêteprocedure op grond van een hem bij overeenkomst of statuten toegekende bevoegdheid. De jurisprudentie op dit terrein heeft zich ontwikkeld bij Nederlandse vennootschappen of concerns, door mij besproken in onderdeel 2.4.1 van dit hoofdstuk. De vraag is dan hoe ondernemingsraden gebruik kunnen maken van de enquêteprocedure om enige invloed op het beleid van Nederlandse internationale concerns uit te oefenen, en wat daarvan het effect kan zijn.

Bij gebreke van toekenning van de enquêtebevoegdheid door het bestuur is de meest voor de hand liggende benadering dat de ondernemingsraad de vakorganisaties ervan probeert te overtuigen dat een enquêteprocedure moet worden gevoerd. De rol van de vakorganisaties zal ik in hoofdstuk 6 van dit

onderzoek behandelen. Daarnaast heeft de ondernemingsraad twee mogelijkheden: (1) hij kan zich actief mengen in het debat over de strategie en ervan uitgaan dat de vennootschap zijn argumenten in een enquêteprocedure aan de rechter zal voorleggen; (2) hij kan zich in een enquêteprocedure voegen als belanghebbende. Beide methoden zal ik nu behandelen.

Actieve participatie in het debat over de strategie

Een goed voorbeeld van de wijze waarop de ondernemingsraad door actieve deelname in het strategisch debat kan pogen daarop invloed uit te oefenen, is te vinden in de HBG-zaak.¹⁴⁰ Hollandsche Beton Groep (HBG) oefende wereldwijd een onderneming uit die bestond uit de divisies Bouw en Vastgoed, Civiel, Baggeren, Consultancy en Engineering. De baggeractiviteiten van HBG waren ondergebracht in de vennootschap Hollandse Aanneming Maatschappij (HAM). HBG voerde gesprekken met Boskalis over een mogelijke fusie, maar die werden beëindigd vanwege een verschil van mening over de toekomst van de bouwactiviteiten. Nadat HBG een ingrijpende koerswijziging had aangekondigd, wilde Boskalis opnieuw onderhandelen over een fusie, omdat het beleid nu overeenstemde met de voorstellen die Boskalis eerder had gedaan. Toen HBG afwijzend op dat verzoek had gereageerd, bracht Boskalis een bod uit op HAM, waardoor een onderneming zou kunnen ontstaan met een positie als marktleider op het terrein van baggeractiviteiten.

In een op voorhand gegeven en ongevraagd advies sprak de centrale ondernemingsraad van HBG zich negatief uit over het bod van Boskalis. De ondernemingsraad en de medewerkers van HAM keerden zich eveneens tegen het aanvaarden van het bod. Na een algemene vergadering van aandeelhouders, waarin het bod werd besproken, liet HBG weten dat het er niet op inging en dat het zich zou concentreren op een samengaan van HAM en Ballast Nedam in een nieuwe vennootschap. Vervolgens toonde ook de onderneming Heijmans interesse; Heijmans liet weten in overleg te willen treden over het samenvoegen van de bouwactiviteiten van Heijmans en HBG, met dien verstande dat een definitief bod pas zou worden uitgebracht nadat overeenstemming was bereikt met Boskalis over de overname door deze vennootschap van HAM. Na de algemene vergadering die daarop volgde, legden HBG, HAM en Ballast Nedam de hoofdlijnen van een overeenkomst tot samenwerking vast. In de enquêteprocedure die daarop volgde, verbood de Ondernemingskamer HBG om de met Ballast Nedam aangegane joint venture verder uitvoering te geven.¹⁴¹

In haar eindbeschikking oordeelde de Ondernemingskamer dat HBG zich schuldig had gemaakt aan wanbeleid, doordat het had nagelaten de algemene

140. OK 21 januari 2002, JOR 2002/28 m.nt. Brink.

141. OK 4 juli 2001, JOR 2001/149 m.nt. Brink.

vergadering van aandeelhouders voorafgaand aan de besluitvorming te consulteren over de afwijzing van een bod van Boskalis op de aandelen HAM en het aangaan van de joint venture met Ballast Nedam. De vraag of dit onderdeel eveneens moest leiden tot het opleggen van voorzieningen beantwoordde de Ondernemingskamer ontkennend. Daarbij woog de kamer in r.o. 3.57 van haar beschikking mee, dat bij de beoordeling van de door de raad van commissarissen en het bestuur gemaakte keuze voor het aangaan van de joint venture met Ballast Nedam van belang was dat de ondernemingsraad van HAM en de centrale ondernemingsraad van HBG zich hadden uitgesproken over die beslissing. Die standpuntbepaling verzekerde HBG er in ieder geval van dat in de verhouding tot deze organen van medezeggenschap zijn beslissing geen grond voor discussies en rechtsgedingen, met als mogelijke uitkomst dat die andere beslissing niet zou kunnen worden uitgevoerd, zou opleveren.¹⁴² De blokkade tegen uitvoering van de samenwerking tussen HBG en Ballast Nedam was daarmee opgeheven.

In de zaak Inter Access bereikte de ondernemingsraad eveneens dat zijn standpunt door de Ondernemingskamer werd meegewogen bij de beoordeling van de vraag om (onmiddellijke) voorzieningen te treffen.¹⁴³ Inter Access Groep (IA Groep) was een houdstervennootschap die aan het hoofd stond van een groep vennootschappen met ruim 700 werknemers in Nederland en België. De meerderheid van de aandelen in IA Groep werd gehouden door de vennootschap Marigot, waarin Willemse 99% van de aandelen hield en waarvan hij bestuurder was. Willemse was voorts vele jaren bestuurder van IA Groep geweest. Die groep bevond zich in problematische financiële omstandigheden, voornamelijk als gevolg van een faillissement van de aan Willemse gelieerde vennootschap Syfact, waaraan IA Groep aanzienlijke bedragen ter lening had verstrekt. Voorafgaand aan dit faillissement had ABN AMRO aan Syfact een kredietfaciliteit van 1,5 miljoen euro verschaft, tot zekerheid waarvan Willemse, buiten medeweten van de raad van commissarissen van IA Groep, een vordering van Inter Access op Syfact ten behoeve van ABN AMRO had achtergesteld en deze voorts aan ABN AMRO had verpand voor onder meer het geval van faillissement van Syfact. IA Groep hield Willemse aansprakelijk voor de schade die zij door het faillissement van Syfact had geleden en trad met Willemse in gesprek over een strategische hersteloperatie. Onderdeel van deze herfinanciering was een emissie van aandelen aan Rabo

142. In cassatie besliste de Hoge Raad dat in deze zaak geen sprake was van wanbeleid, nu geen verplichting bestaat tot voorafgaande consultatie van de algemene vergadering indien het bestuur geen medewerking wil verlenen aan een ondershands bod op een wezenlijk deel van de activiteiten van de vennootschap en nu de wijze waarop het bestuur en de raad van commissarissen de algemene vergadering hadden geïnformeerd geen zeer schadelijke gevolgen opleverde (HR 21 februari 2003, JOR 2003/57 m.nt. Nieuwe Weme).

143. OK 31 december 2009, JOR 2010/60 m.nt. Doorman.

HOOFDSTUK 4

Participaties, met uitsluiting van het voorkeursrecht van overige aandeelhouders, waarbij Rabo Participaties een groot deel van zijn vordering op IA Groep converteerde in aandelen IA Groep. Het gevolg hiervan was dat het belang van Marigot in IA Groep sterk verwaterde tot ongeveer een zesde van de oorspronkelijke positie. Deze gesprekken liepen moeizaam, met name omdat Marigot niet akkoord wilde gaan met een verwatering van haar belang zonder dat daar een wezenlijk belang voor IA Groep tegenover stond.

IA Groep vroeg vervolgens haar ondernemingsraad om advies over een gedeeltelijke conversie van de lening van Rabo Participaties in aandelen in het geplaatste kapitaal van IA Groep. De raad bevestigde in zijn positieve advies zijn vertrouwen in het bestuur en de raad van commissarissen van IA Groep.¹⁴⁴ Voorts sprak hij zijn vertrouwen in Rabo Participaties als nieuwe grootaandeelhouder uit. De ondernemingsraad meende dat het pijnlijk was dat Marigot met de voorgenomen overdracht van zeggenschap niet langer grootaandeelhouder zou zijn, maar stelde eveneens vast dat Willemse geen oplossing had kunnen aandragen voor de problemen waarin IA Groep verkeerde en dat de tijd om daarop te wachten er niet meer was.

De Ondernemingskamer oordeelde dat het conversievoorstel als een adequate maatregel moest worden beschouwd om de financiële nood van IA Groep te lenigen en dat deze haar deconfiture kon voorkomen. De kamer woog vervolgens de belangen van Marigot en Willemse af tegen de belangen van de overige betrokkenen en noemde daarbij expliciet het werknemersbelang, waar zij in r.o. 3.7 en 3.10 overwoog dat een deconfiture van IA Groep en de daarmee verbonden onderneming vanwege de negatieve gevolgen daarvan voor alle betrokkenen, onder wie met name ook de 700 werknemers, niet kon worden aanvaard indien dit door het treffen van voorzieningen kon worden voorkomen.¹⁴⁵ Vervolgens besloot de Ondernemingskamer tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen, die de bedoelde conversie mogelijk maakten. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep tegen dit oordeel, waarbij ook hij

144. Een samenvatting van het advies is te vinden in r.o. 2.28 van de beschikking.

145. Vroom meent dat bij verkoop van de gehele onderneming door uitoefening van het pandrecht op aandelen in de vennootschap de werknemersbelangen niet zonder meer in het geding zijn. Hij tekent daarbij wel aan dat er in zo'n situatie naar alle waarschijnlijkheid gevolgen voor de werkgelegenheid zullen zijn, maar dat een verkoop van de gehele onderneming door uitoefening van het pandrecht op en verkoop van de aandelen in de vennootschap impliceert dat een faillissement (en daarmee een volledig verlies van alle arbeidsplaatsen, waarvan de Ondernemingskamer volgens hem leek uit te gaan) niet aan de orde is (Vroom 2010). Ik zie het door de kamer genoemde belang breder: dit is niet alleen bij een faillissement of gedeeltelijk verlies van werkgelegenheid in het geding, maar ook door de overdracht van zeggenschap die zich als gevolg van verkoop na uitoefening van het pandrecht voordoet en de consequenties die dat heeft voor de verdere ontwikkeling van de vennootschap.

verwees naar het belang van de werknemers bij het treffen van maatregelen ter voorkoming van een deconfiture.¹⁴⁶

Voeging als belanghebbende in een enquêteprocedure

In beide zojuist beschreven zaken was de ondernemingsraad geen partij in de gerechtelijke procedure. Het was ook denkbaar geweest dat hij zich had gevoegd als belanghebbende in de enquêteprocedure. Naast de verweerder kunnen ook belanghebbenden een verweerschrift indienen (artikel 282 lid 1 Rv) en op de mondelinge behandeling verschijnen (artikel 279 Rv). Zij kunnen zelfstandig verweer voeren tegen het enquêteverzoek of dit ondersteunen. Belanghebbenden kunnen, ook indien zij – zoals de ondernemingsraad¹⁴⁷ – niet de bevoegdheid hebben een enquêteverzoek in te dienen, over alle aspecten van het verzoek hun standpunt kenbaar maken, inclusief de aard en omvang van het door de Ondernemingskamer te bevelen onderzoek.¹⁴⁸ Daarbij zal de kamer geen beslissingen mogen nemen waarop de partijen, gelet op het verloop van het geding en het processuele debat, niet bedacht hoefden te zijn en over de consequenties waarvan zij zich niet hebben kunnen uitlaten (artikel 24 Rv). Het staat de Ondernemingskamer niet vrij voorzieningen te treffen die niet stroken met de strekking van het ingediende verzoek of die aan de kenbare bedoeling van verzoekers zodanig afbreuk doen dat moet worden aangenomen dat zij het verzoek, als daaraan op deze wijze uitvoering wordt gegeven, niet zouden hebben gehandhaafd.

De wet bepaalt niet in het algemeen wie tot de belanghebbenden te rekenen zijn; dit moet uit de aard van de procedure en de daarmee verband houdende wetsbepalingen worden afgeleid.¹⁴⁹ Bij de beantwoording van de vraag of iemand belanghebbende is, zal een rol spelen in hoeverre deze door de uitkomst van de procedure zodanig in een eigen belang kan worden getroffen dat deze daarin behoort te mogen opkomen ter bescherming van dat belang of in hoeverre deze anderszins zo nauw betrokken is bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld, dat daarin een belang is gelegen om in de procedure te verschijnen. Mij zijn geen uitspraken bekend waarin een verzoek van de ondernemingsraad tot voeging als belanghebbende is afgewezen.

Iedere belanghebbende kan in de procedure een zelfstandig verzoek indienen, mits dit betrekking heeft op het onderwerp van het oorspronkelijke verzoek (artikel 282 lid 4 Rv). Een verzoek om een onmiddellijke voorziening als bedoeld in artikel 2:349a lid 2 of 2:355 lid 3 BW voldoet in beginsel aan die

146. HR 25 februari 2011, JOR 2011/115 m.nt. Doorman, zie r.o. 3.10.

147. Zie verder Geerts 2004, p. 84 en p. 314.

148. HR 30 maart 2007, JOR 2007/138 m.nt. Josephus Jitta (ATR).

149. HR 6 juni 2003, JOR 2003/161 m.nt. Josephus Jitta (Scheipar).

HOOFDSTUK 4

laatste eis en kan dus ook door andere belanghebbenden worden gedaan dan de indieners van het enquêteverzoek of het verzoek tot het treffen van de in artikel 2:356 BW genoemde voorzieningen.¹⁵⁰ Het is dus niet nodig dat de verzoeker zelf onmiddellijke voorzieningen heeft gevraagd of dat nog een verzoek tot het treffen van dergelijke voorzieningen aanhangig is. Anders zouden belanghebbenden voor een voorlopige voorziening zijn aangewezen op een kort geding, hetgeen leidt tot dubbele procedures en het risico van tegenstrijdige uitspraken. Nadat de enquêteprocedure is geëindigd, kunnen overigens geen onmiddellijke voorzieningen worden getroffen. Die procedure eindigt met het onherroepelijk worden van de beschikking op het verzoek als bedoeld in artikel 2:355 lid 1 BW of, ingeval tijdelijke voorzieningen als genoemd in artikel 2:356, aanhef en onder c, d en e BW zijn getroffen die later eindigen dan het tijdstip waarop de zojuist genoemde beschikking onherroepelijk wordt, bij het eindigen van die voorzieningen.

Volgens artikel 279 lid 1 Rv bepaalt de rechter, tenzij hij zich aanstonds onbevoegd verklaart of het verzoek toewijst, onverwijld de datum en het tijdstip van de mondelinge behandeling. Hij beveelt tevens de oproeping van de verzoeker en voor zover nodig van de in het verzoekschrift genoemde belanghebbenden. Bovendien kan hij te allen tijde belanghebbenden, bekende of onbekende, doen oproepen. Uit die bepaling vloeit mijns inziens geen dwingend voorschrift voor de rechter voort om de ondernemingsraad als belanghebbende op te roepen, zeker wanneer die in het verzoekschrift niet is genoemd. De Ondernemingskamer zou wel van de haar bij wet gegeven vrijheid gebruik kunnen maken om – vaker dan zij nu doet – naar het bestaan van een ondernemingsraad te vragen en deze in relevante enquêtegeschillen op te roepen. Vooral wanneer het geschil over het beleid effecten kan hebben op de belangen van werknemers, vind ik een dergelijke actieve oproep aanbevelenswaardig; het verschijnen van de ondernemingsraad komt dan de kwaliteit van de rechtspraak (verder) ten goede. Ik ben van mening dat de visie van de ondernemingsraad een belangrijk element van het processuele debat kan vormen, ook wanneer deze zich niet spontaan meldt. Zolang de rechter niet zelf tot oproeping van de ondernemingsraad als belanghebbende overgaat, ligt het initiatief tot voeging dus volledig bij de raad zelf.

De ondernemingsraad voegt zich niet vaak als belanghebbende in de enquêteprocedure. Het eerste geval waarin zich dit voordeed – voor zover mij uit gepubliceerde jurisprudentie bekend – betrof de zaak Besin.¹⁵¹ De voeging van de ondernemingsraad als belanghebbende had daarin geen zichtbaar (uit de tekst van de beschikking op te maken) effect. De voeging van de raad in de

150. HR 23 maart 2012, JOR 2012/141 m.nt. Josephus Jitta (e-Traction).

151. OK 9 december 1999, JOR 2000/33.

enquêteprocedure inzake ERU Kaasfabriek, een Nederlandse internationale kaasproducent, leidde mede tot het oordeel van de Ondernemingskamer dat er gegronde redenen waren om aan een juist beleid van de vennootschap te twijfelen. Dit oordeel leidde tot schorsing van haar bestuurders en benoeming van een door de Ondernemingskamer aan te wijzen bestuurder. De Ondernemingskamer overwoog dat ingrijpen noodzakelijk was nu niet alleen schuldeisers, maar ook werknemers van de vennootschap en de ondernemingsraad in het conflict betrokken raakten. Dit had niet alleen geleid tot grote onrust in de onderneming van de vennootschap, maar ook tot loyaliteitsconflicten bij individuele werknemers en een begin van tweespalt in de ondernemingsraad.¹⁵²

Bekender is de voeging van ondernemingsraad en vakorganisaties in de enquêteprocedure rondom Stork.¹⁵³ Die zaak ging over de wens van hedgefondsen Centaurus en Paulson om te komen tot een wijziging van de strategie van Stork, een wereldwijd opererende onderneming in het ontwikkelen en verkopen van industriële systemen en producten op het gebied van lucht- en ruimtevaart. De hedgefondsen drongen aan op splitsing van het conglomeraat, dat bestond uit de divisies Aerospace, Technical Services en Food Processing, zodanig dat alle divisies zouden worden verkocht en de opbrengst ten goede zou komen aan de aandeelhouders. Het verzet van het bestuur en de raad van commissarissen van Stork tegen deze strategiewijziging leidde tot het verzoek van Centaurus en Paulson om bijeenroeping van een buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders, waarin het voorstel tot het opzeggen van het vertrouwen in de raad van commissarissen in overeenstemming met artikel 2:161a BW geagendeerd moest worden, evenals een voorstel tot wijziging van de statuten waarin transacties boven een waarde van 100 miljoen euro aan de goedkeuring van de algemene vergadering zouden worden onderworpen. Het daaropvolgende gebruik van een beschermingsconstructie door uitgifte van preferente aandelen leidde tot een enquêteverzoek van Centaurus en Paulson, dat gepaard ging met een verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen gericht op neutralisering van die beschermingsconstructie. De ondernemingsraad en de vakorganisaties voegden zich als belanghebbenden in de procedure en dienden voorwaardelijke verzoeken in, die ertoe strekten te verhinderen dat door de aandeelhouders werd besloten tot het opzeggen van het vertrouwen in de raad van commissarissen en tot wijziging van de statuten.

Nu het gebruik van de beschermingsconstructie volgens de Ondernemingskamer ongeoorloofd was, kwam zij toe aan beoordeling van deze voorwaardelijke verzoeken. Zij stelde voorop dat het in beginsel niet aan haar is om te beslissen welke strategie een vennootschap voor haar ondernemingsbeleid dient te

152. OK 10 december 2003, ARO 2003/186.

153. OK 17 januari 2007, JOR 2007/42 m.nt. Blanco Fernández.

HOOFDSTUK 4

volgen, of welke visie in geval van verschil van inzicht de juiste is. Discussies daarover moeten worden gevoerd binnen het Nederlandse vennootschapsrecht en de heersende opvattingen over corporate governance. De Ondernemingskamer stelde vast dat de door Stork gevolgde strategie vruchten afwierp. Dit was niet alleen kenbaar uit openbare bronnen, maar ook uit de zeer brede steun voor het gevoerde beleid. Bij het bepalen van die steun vond de kamer ook de rol van de ondernemingsraad, de werknemers en de werknemersorganisaties van specifiek belang (r.o. 3.16). Tegen die achtergrond concludeerde de Ondernemingskamer dat ervan mocht worden uitgegaan dat het strategisch beleid van Stork als deugdelijk en op goede argumenten gebaseerd moest worden beschouwd. Dat laatste kon niet worden gezegd van de strategie die Centaurus en Paulson voorstonden. De kamer vond het dan ook geboden erin te voorzien dat Stork niet gedwongen kon worden tot een min of meer radicale wijziging van zijn strategische koers, enkel omdat in verband met het bepaalde in artikel 2:161a BW de algemene vergadering – al of niet met vertraging – het bedrijf daartoe zou kunnen dwingen. De verzoeken van de ondernemingsraad en de werknemersorganisaties werden toegewezen. Volgens Witteveen heeft die zaak laten zien hoezeer de ondernemingsraad en de vakorganisaties van betekenis zijn geweest voor de uitspraak van de Ondernemingskamer.¹⁵⁴

In andere zaken heeft de ondernemingsraad zich in enquêteprocedures rondom Nederlandse internationale concerns gemengd zonder dat dit tot zichtbare resultaten heeft geleid.

Zo was er, om te beginnen, de kwestie rondom ASMI, een onderneming werkzaam in de halfgeleiderindustrie die zich bezighield met de productie van apparatuur waarmee computerchips werden vervaardigd. ASMI opereerde vanuit Europa, de Verenigde Staten, Japan, Korea en Singapore in de zogenaamde *front-end*, het productieproces dat wordt doorlopen tot aan de vervaardiging van intacte chips. Daarnaast hield ASMI de meerderheid van de aandelen van de te Hong Kong genoteerde vennootschap ASMI Pacific Technology, die opereerde in de *back-end*, het proces dat wordt doorlopen bij het opdelen, bewerken en gebruiksklaar maken van chips. Tussen ASMI en enkele aandeelhouders, waaronder Hermes en Fursa, ontstond een verschil van mening over de strategie, dat ertoe leidde dat Fursa een eigen team van vier personen (hierna: “het Team”) een plan had laten opstellen voor het revitaliseren van de *front-end*, dat aan het bestuur en de raad van commissarissen van ASMI werd gepresenteerd. Vervolgens kondigden Hermes en Fursa aan dat zij het vertrouwen in de raad van commissarissen hadden verloren. Zij verzochten de leden van deze raad en de bestuurder te ontslaan, en het Team tot leden van

154. Witteveen 2006.

de raad van commissarissen en het bestuur van ASMI te benoemen. Voorafgaand aan de algemene vergadering waarin deze punten zouden worden behandeld, presenteerde ASMI een plan dat in een aantal herstelmaatregelen voorzag. Daarnaast nam een beschermingsstichting, de Stichting Continuïteit, preferente aandelen tot 50% van het geplaatste kapitaal van ASMI, stellende dat de mogelijke besluitvorming op de algemene vergadering een gevaar vormde voor de continuïteit van de onderneming van ASMI. Bij de behandeling van de onmiddellijke voorzieningen die Hermes en Fursa tegen het gebruik van de beschermingsconstructie hadden gevraagd, oordeelde de Ondernemingskamer dat voortgezet overleg tussen partijen noodzakelijk was en dat de algemene vergadering moest worden verboden om de geagendeerde besluiten te nemen. Anderzijds kon niet worden aanvaard dat Hermes en Fursa gedurende geruime tijd het recht zou worden ontzegd de besluitvorming door de algemene vergadering te laten plaatsvinden.

In deze zaak stond een voor de werknemers van de onderneming belangrijke strategische ontwikkeling centraal. Het ging om de vraag of de aandeelhouders gerechtigd waren om bestuur en raad van commissarissen van de vennootschap te ontslaan om zo rechtstreeks invloed uit te oefenen op de strategie. De ondernemingsraad van (een dochtervennootschap van) ASMI had zich als belanghebbende in de enquêteprocedure gevoegd. In de daaropvolgende (inhoudelijke) beschikkingen gaf de Ondernemingskamer via een uitgebreide motivering inzicht in de door haar gemaakte belangenafweging.¹⁵⁵ Deze leidde, onder meer, tot het oordeel dat uit de gang van zaken moest worden geconcludeerd dat een beeld naar voren kwam van een beursvennootschap die haar problemen op het strategische vlak steeds naar voren had geschoven en zich daartoe jegens haar aandeelhouders, met behulp van haar gedateerde governance, defensief en gesloten had opgesteld. De raad van commissarissen werd verweten dat hij tekort was geschoten in zijn taak om te bemiddelen bij conflicten tussen het bestuur en de aandeelhouders. Daarnaast kon naar het oordeel van de Ondernemingskamer niet worden uitgesloten dat de Stichting Continuïteit het bestuur en de raad van commissarissen de hand boven het hoofd hield, zij het dat de vraag of sprake was van een noodsituatie op grond waarvan de stichting gerechtigd was te interveniëren en de beschermingsmaatregelen in stelling te brengen, in beginsel bevestigend moest worden beantwoord. De kamer stelde verder vast dat ASMI, alsmede de belanghebbenden aan zijn zijde, gesteld had dat een onderzoek geen enkel redelijk doel meer diende, onder meer nu de mate van aandacht die gemoeid was met de bedrijfsvoering en het overleven in een tijd van dramatische vraaguitval in de halfgeleiderindustrie niet toeliet dat ASMI zonder negatieve consequenties

155. OK 13 mei 2009, JOR 2009/163 m.nt. Hermans en OK 5 augustus 2009, JOR 2009/254 m.nt. Hermans.

HOOFDSTUK 4

belast zou worden met een enquête (r.o. 3.30). De Ondernemingskamer vond dat het belang van Hermes en Fursa bij een onderzoek en een mogelijk herstel van de verstoorde verhoudingen tussen de vennootschappelijke organen voorrang verdiende. Hun verzoek tot aanwijzing van onafhankelijke commissarissen met speciale bevoegdheden wees de Ondernemingskamer af, nu een deel van de raad van commissarissen inmiddels was vervangen. De Ondernemingskamer is in deze beschikkingen niet ingegaan op de vraag of, en zo ja op welke wijze, het werknemersbelang in deze afwegingen is betrokken.

De ondernemingsraad voegde zich eveneens als belanghebbende in het geschil rondom Almatiss, een wereldwijd opererende onderneming op het gebied van de ontwikkeling en productie van hoogwaardige aluminiumoxideproducten.¹⁵⁶ Deze onderneming verkeerde in een zorgwekkende financiële positie, zodanig dat zij in verzuim verkeerde onder haar kredietovereenkomsten en de haar verstrekte kredieten onmiddellijk opeisbaar waren. Om die reden werd overleg gevoerd met meerderheidsaandeelhoudster Dubai International Capital (DIC) en met verschillende groepen kredietverstrekkers, waaronder Oaktree Capital Management (Oaktree), teneinde te komen tot een financiële herstructurering binnen de Almatiss Groep. Dit leidde tot een voorstel van Oaktree en een aantal kredietverstrekkers voor de financiële herstructurering waarbij de aandelen van Almatiss B.V., de dochtervennootschap die aan de top stond van de wereldwijde werkmaatschappijen, verkregen werden door een nieuw op te richten vennootschap. Als gevolg van deze herfinanciering kon de schuldenlast van de Almatiss Groep worden teruggebracht van 1052 miljoen naar 416 miljoen dollar. Almatiss had een verzoek op grond van Chapter 11 in de Verenigde Staten ingediend, waarmee het voorstel voorafgaand aan deze procedure aan de crediteuren ter stemming kon worden voorgelegd. DIC verzette zich tegen het voorstel en diende een enquêteverzoek in. Het stelde daarin onder meer dat het herfinancieringsvoorstel zou leiden tot het verlies van zijn belang in de Almatiss Groep en dat DIC een minder verstrekkend alternatief voor herfinanciering kon aanleveren.

De Ondernemingskamer was van oordeel dat, nu niet werd betwist dat uitvoering van het voorstel te verkiezen was boven het voeren van insolventieprocedures in verschillende landen, niet gezegd kon worden dat het steunen van het voorstel door Almatiss gegronde redenen opleverde om aan een juist beleid te twijfelen. DIC had voldoende gelegenheid gekregen om alternatieven aan te dragen en nu bestond onvoldoende zekerheid dat daartoe nog verdere gelegenheid was. Zelfs indien de stelling van DIC juist zou zijn dat Oaktree slechts uit was op het volledige aandelenkapitaal van de Almatiss Groep, kon niet worden gezegd dat het feit dat Almatiss voor het zekere boven het onzekere

156. OK 12 april 2010, JOR 2010/183 m.nt. Josephus Jitta.

koos, gegronde redenen opleverde om aan een juist beleid te twijfelen. Tegenover elkaar stonden het voorstel dat leidde tot meer kans op voortbestaan van de onderneming van Almatris en het alternatief dat nog niet afdoende was uitgewerkt. De Ondernemingskamer wees de verzoeken van DIC daarom af. Ook hier kwam zij niet toe aan overwegingen over het werknemersbelang of de door de ondernemingsraad als belanghebbende naar voren gebrachte stellingen.

Bij de mogelijkheid tot voeging als belanghebbende in de enquêteprocedure is in mijn ogen sprake van onderbenutting van rechten door de ondernemingsraad. Weliswaar kan worden toegegeven dat de raad de enquêtebevoegdheid zelf niet heeft en voor participatie in de enquêteprocedure steeds afhankelijk is van derden, maar – los van de vraag of de wetgever hier een juiste keuze heeft gemaakt – evenzeer geldt dat voeging als belanghebbende een relatief eenvoudige methode is om de ondernemingsraad een positie te geven in het processuele debat.

In de jurisprudentie zijn voorbeelden te vinden van enquêteprocedures die wezenlijke strategische thema's tot onderwerp hadden en waarin de werknemers geen rol van betekenis hebben gespeeld. Het bekendste voorbeeld is het geschil rondom ABN AMRO.¹⁵⁷ In de literatuur is kritiek geuit op de afwezigheid van werknemersvertegenwoordigers in het geschil rondom de onmiddellijke voorzieningen, waarin mede de fundamentele vraag over de beleidsbepaling van het bestuur aan de orde was.¹⁵⁸

Er zijn andere voorbeelden denkbaar waarin belangrijke strategische kwesties aan de orde waren, zonder dat de ondernemingsraad daarin een rol van betekenis lijkt te hebben gespeeld, bijvoorbeeld in zaken waarin de continuïteit van de onderneming op het spel stond of waarin geschillen ontstonden over de controle over de vennootschap. Volgens Josephus Jitta¹⁵⁹ wordt de lijn van zaken waarin de continuïteit van de financiering van de activiteiten van de onderneming centraal staat gevormd door de uitspraken inzake Skygate,¹⁶⁰ Gorillapark,¹⁶¹ Interxion,¹⁶² Inter Access,¹⁶³ Rickley International,¹⁶⁴ Almatris¹⁶⁵ en e-Traction.¹⁶⁶ Slechts in de hierboven door mij behandelde zaken Inter

157. HR 13 juli 2007, JOR 2007/178 m.nt. Nieuwe Weme.

158. Holtzer 2007a, Van Slooten 2007. Anders: Witteveen 2008b.

159. Josephus Jitta 2011, p. 52.

160. OK 15 februari 2000, JOR 2000/74 m.nt. Josephus Jitta en 18 januari 2001, JOR 2001/35.

161. Hof Amsterdam, 25 april 2002, JOR 2002/128.

162. OK 12 juni 2002, JOR 2002/125 m.nt. Brink.

163. OK 31 december 2009, JOR 2010/60 m.nt. Doorman.

164. OK 26 maart 2010, ARO 2010/53.

165. OK 12 april 2010, JOR 2010/183 m.nt. Josephus Jitta.

166. OK 10 november 2010, JOR 2011/9 m.nt. Josephus Jitta.

HOOFDSTUK 4

Access en Almatris lijken de werknemers een actieve rol te hebben ingenomen. Behalve in de kwestie Almatris heeft de ondernemingsraad zich in geen van deze procedures als belanghebbende gevoegd.¹⁶⁷

De zaak Océ¹⁶⁸ ging om de controle over de vennootschap. Bij Océ, een Nederlandse beursonderneming en internationale leverancier op het gebied van kantoor- en printsystemen met wereldwijd 22.000 medewerkers, was op groepsniveau een Europese ondernemingsraad ingesteld en waren bij twee Nederlandse werkmaatschappijen ondernemingsraden actief. In een gezamenlijk persbericht maakten Océ en de Japanse onderneming Canon bekend dat Canon een openbaar bod zou uitbrengen op de gewone aandelen van Océ, dat de volledige steun van het bestuur en de raad van commissarissen van Océ genoot. Dit stuitte op verzet van een aantal minderheidsaandeelhouders, waaronder Hermes, die te kennen gaven het bod te laag te vinden, hoewel zij het vanuit strategisch oogpunt steunden. Nadat in een buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders ten faveure van het bod was gestemd, vroegen de minderheidsaandeelhouders de Ondernemingskamer een enquête te gelasten en bij onmiddellijke voorziening onder meer de inwerkingtreding van de besluiten van de algemene vergadering op te schorten en drie of meer van Canon onafhankelijke commissarissen bij Océ te benoemen. Deze verzoeken werden onder meer gemotiveerd met de stelling dat de aandeelhouders onvoldoende waren geïnformeerd, Océ in strijd handelde met verschillende bepalingen van de Nederlandse Corporate Governance Code, er onvoldoende dialoog met de minderheidsaandeelhouders had plaatsgevonden en de raad van commissarissen onvoldoende onafhankelijk zou zijn samengesteld.

De Ondernemingskamer heeft deze verzoeken afgewezen. Zij overwoog onder meer dat het bestuur en de raad van commissarissen van Océ in de voorafgaande periode een proces hadden ingezet waarbij alle mogelijkheden om tot noodzakelijke schaalvergroting te komen waren onderzocht, waaronder een samenwerking met andere marktpartijen door middel van een strategische

167. Bij het noemen van deze voorbeelden realiseer ik mij dat niet alle feiten en achtergronden van de zaken in de betreffende uitspraak te lezen zijn. In sommige gevallen zal het werknemersbelang niet of slechts in geringe mate van betekenis zijn geweest, bijvoorbeeld omdat bij een onderneming weinig werknemers in dienst waren of een ondernemingsraad ontbrak. Zie bijvoorbeeld OK 29 mei 2009, JOR 2009/319 m.nt. Doorman (Triple-E), tevens behorend bij JOR 2009/318 (SEQ Nederland). In die zaak ging het om de urgente noodzaak van additionele financiering van Triple-E, een onderneming op het gebied van ontwikkelen van producten die corrosie in warmtewisselaars tegengaan met vestigingen in de Verenigde Staten en in Nederland. Bij Triple-E waren twintig werknemers in dienst, van wie er vijf werkzaam waren in Nederland en vijftien in de Verenigde Staten: onvoldoende om een ondernemingsraad in stand te houden.

168. OK 3 maart 2010, JOR 2010/153 m.nt. Van Solinge.

alliantie, fusies of overnames of het zelfstandig voortbestaan van Océ. Gedurende dit proces heeft Océ contact gehad met alle relevante spelers in zijn industrie en uiteindelijk bleef Canon als de beste gegadigde over. De Ondernemingskamer zag geen redenen om hieraan te twijfelen, nu Hermes c.s. zelf had aangevoerd dat de integratie met Canon tot synergie en verbeteringen van marges zou moeten leiden.

Ik vind de zaak Océ een goed voorbeeld van een geschil waarin voeging door de ondernemingsraad in de enquêteprocedure, althans een actievare inmenging in het (processuele) debat, voor de hand had gelegen. Uit de feiten blijkt dat werknemers goed waren vertegenwoordigd in een Europese en een lokale ondernemingsraad. Ik neem aan – hoewel dit niet uit de beschikking blijkt – dat deze medezeggenschapsorganen in het openbaar bod zullen zijn gekend en zich daarover positief zullen hebben uitgesproken. Dat neemt niet weg dat de door de minderheidsaandeelhouders aangespannen enquête gericht was op een essentiële strategische ontwikkeling voor Océ en tot doel had het openbaar bod, dat de steun van het bestuur, de raad van commissarissen en waarschijnlijk ook de werknemers genoot, te verhinderen. In een dergelijke situatie had van de werknemers verwacht mogen worden dat zij zich ook in de juridische procedure zouden voegen teneinde hun visie aan de rechter kenbaar te maken.

De zojuist genoemde voorbeelden zijn bedoeld om situaties inzichtelijk te maken waarin een actief optreden van de ondernemingsraad geboden kan zijn. Ik heb deze voorbeelden beperkt tot gevallen waarin de continuïteit van of de controle over de onderneming aan de orde is, maar er zijn andere omstandigheden denkbaar waarin een duidelijke positiebepaling van de raad verwacht mag worden. Wanneer deze omstandigheden leiden tot juridische procedures (vaak een enquêteprocedure), ligt voeging door de ondernemingsraad als belanghebbende het meest voor de hand. Door voeging in de procedure krijgt de raad de beschikking over de uitgewisselde processtukken en kan hij het conflict op de voet volgen. Voeging als belanghebbende brengt met zich mee dat de ondernemingsraad zelf om voorzieningen kan vragen en aldus rechtstreeks invloed kan uitoefenen op het verloop van het geschil. Uit de Stork-zaak blijkt niet alleen dat een dergelijk verzoek kans van slagen heeft, maar ook dat de standpuntbepaling van de ondernemingsraad in de procedure meeweegt in het oordeel van de Ondernemingskamer over (de gerechtvaardigdheid van) de strategie. Een voordeel van voeging als belanghebbende is voorts dat de raad zijn standpunten rechtstreeks aan de rechter kenbaar kan maken, in plaats van indirecte communicatie via een al dan niet ongevraagd advies dat aan de vennootschap is gericht. De ondernemingsraad is zo niet afhankelijk van de vennootschap of andere procespartijen voor de wijze waarop zijn argumenten aan de rechter worden gepresenteerd.

HOOFDSTUK 4

Bij het maken van de keuze voor voeging of tussenkomst in de enquêteprocedure zal de ondernemingsraad zich steeds bewust moeten zijn van de eigen positie die hij heeft. Dat houdt mijns inziens in dat de raad zijn standpunten goed moet kunnen motiveren en een kritische houding aanneemt, ook wanneer hij zich aan de zijde van een der partijen in het geschil voegt. Ik plaats mijn pleidooi voor een actiever optreden in geschillen rondom de vennootschap binnen de taakstelling van de ondernemingsraad. Die duale taakstelling houdt in dat hij niet alleen het werknemersbelang, maar ook het belang van de onderneming voor ogen heeft te houden. Daaruit volgt mijns inziens dat het de taak van de ondernemingsraad is om zich niet alleen op de hoogte te stellen van de belangrijkste strategische ontwikkelingen binnen de groep, maar ook dat van hem verlangd mag worden dat hij actief positie kiest wanneer de strategie onderwerp vormt van (juridische) geschillen.

De ondernemingsraad is niet de enige die hierbij een rol speelt. Van het bestuur en de raad van commissarissen kan worden verwacht dat zij de ondernemingsraad in voorkomende gevallen deugdelijk informeren en in de gelegenheid stellen om met hen overleg te voeren wanneer zich belangrijke strategische ontwikkelingen voordoen of een juridische procedure aanstaande is. Dat kan onder omstandigheden betekenen dat het bestuur actief contact zoekt met de ondernemingsraad om hem van die ontwikkelingen op de hoogte te brengen, ook wanneer het niet gaat om adviesplichtige aangelegenheden. Ik zie dit niet als een juridische verplichting die op het bestuur rust, maar wel als een handelwijze die aan te bevelen valt in situaties waarin geschillen dreigen, ook wanneer deze complex van aard zijn. Het bestuur kan op deze wijze bezien in hoeverre er bijstand van de ondernemingsraad te verwachten valt en in hoeverre er draagvlak bestaat voor zijn standpunten.

Tot slot ligt hier naar mijn mening ook een taak voor de rechter; gezien de aard van de problematiek zal het vaak gaan om de Hoge Raad of de Ondernemingskamer. Als uitgangspunt zou ik willen nemen dat de rechter in procedures waarin het belang van de vennootschap centraal staat, in de motivering van de uitspraak duidelijk inzicht geeft in de afweging van de belangen van de stakeholders. Nu volgens de heersende leer het werknemersbelang deel uitmaakt van de afwegingen inzake het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming, zou de rechter er goed aan doen om dit belang expliciet mee te wegen in zaken die zich daarvoor lenen. Op dat punt is verbetering mogelijk vergeleken met de huidige praktijk. Zeker in gevallen waarin de ondernemingsraad partij is in de procedure, acht ik het aangewezen dat de rechter de van werknemerszijde naar voren gebrachte standpunten expliciet een plaats geeft in de motivering. Dat is in de door mij besproken zaken niet in alle gevallen gebeurd. Daarnaast zou de rechter, in gevallen waarin de ondernemingsraad niet als partij is verschenen, actief informatie kunnen inwinnen over de standpunten die de raad of

andere werknemersvertegenwoordigers innemen. Deze suggestie is in overeenstemming met de aanbeveling die in de parlementaire geschiedenis is gedaan, maar waarvan de rechter zelden of nooit gebruikmaakt.¹⁶⁹ Het voordeel van een dergelijke benadering is dat daardoor het fundament onder de rechterlijke uitspraak wordt verstevigd, nu het standpunt van een belangrijke stakeholder aan de overwegingen wordt toegevoegd. Het expliciet meewegen van de positie van de werknemers in de motivering van de uitspraak heeft bovendien als voordeel dat daarmee tegemoet wordt gekomen aan zorgen over onderbenutting van rechten door werknemers. Op deze wijze wordt inzichtelijk welke invloed hun optreden heeft gehad. Dit zal aan werknemersvertegenwoordigers richting kunnen geven bij hun positiebepaling in toekomstige geschillen.

Niet ieder geschil is geschikt voor de zojuist gesuggereerde benadering. In sommige gevallen is het werknemersbelang te gering. In andere gevallen is de aard van het juridische geschil zodanig dat het werknemersbelang hiermee niet, althans onvoldoende, gemoeid is. Een geschil tussen concernleiding en ondernemingsraad over een belangrijk strategisch besluit zal voorts eerder langs het beroepsrecht worden beslecht. Op dat recht zal ik nu ingaan.

3.4.2 Het beroepsrecht

Bij Nederlandse internationale concerns bevindt de topholding zich in Nederland en kan de ondernemingsraad, indien hij op het niveau van de topholding is ingesteld, rechtstreeks rechtsmaatregelen treffen op het niveau waar de strategievorming werkelijk plaatsvindt. In zo'n situatie is er geen wezenlijk verschil met de uitoefening van het beroepsrecht bij een nationaal opererende onderneming. Hetzelfde geldt voor gevallen waarin de besluitvorming zich heeft voltrokken op een hoger niveau in het concern: wanneer de ondernemingsraad daartegen bezwaar wil maken, zal hij feiten en omstandigheden moeten aanvoeren die een beroep op toerekening of medeondernemerschap mogelijk maken, zoals ik in onderdeel 2.4.2 uiteen heb gezet. Hieronder wil ik bezien wat rechtens juist is wanneer de leiding van een Nederlands internationaal concern geen heil ziet in het betrekken van de ondernemingsraad bij de gedachtevorming over of het opstellen van een strategisch plan, bijvoorbeeld omdat zij meent dat dit te veel elementen van internationale aard bevat waarover de ondernemingsraad geen medezeggenschap heeft. In hoeverre kan de ondernemingsraad (in een latere adviesprocedure) aanspraak maken op het in de beschouwing mogen betrekken van het strategisch plan van de gehele groep?

169. In de parlementaire geschiedenis is geopperd dat de Ondernemingskamer de mogelijkheid zou hebben om de ondernemingsraad te horen over het verzoek tot het houden van een enquête en eventueel over de te treffen voorzieningen; zie hoofdstuk 3 (nr. 3.1) van dit onderzoek.

HOOFDSTUK 4

Deze vraag kwam aan de orde in de zaak Philips Lighting Terneuzen.¹⁷⁰ Philips Lighting was een internationale divisie van Koninklijke Philips Electronics, die in Nederland bestond uit elf ondernemingen met elk een eigen ondernemingsraad. In Terneuzen werden spaarlampen geproduceerd waarin de elektronica was geïntegreerd. De ondernemer had besloten de assemblage daarvan te verplaatsen naar Pila in Polen. De Europese markt voor deze lampen stond onder druk door de import van goedkope spaarlampen uit China en op deze activiteit werd verlies geleden, zodanig dat zowel de ondernemer als de ondernemingsraad ervan doordrongen was dat het noodzakelijk was maatregelen te nemen om tot kostenreductie bij deze activiteit te komen. De ondernemingsraad had een alternatief plan gepresenteerd, dat voorzag in concentratie van alle aan deze lampen gerelateerde activiteiten in Terneuzen. De ondernemer wees dit plan af. In zijn advies refereerde de ondernemingsraad aan een concept voor een *decision document*, dat de ondernemer buiten de adviesprocedure had gehouden en dat volgens de raad een blauwdruk bevatte van de toekomstige concentratie van de volledige productie van spaarlampen op een plaats in Europa, te weten Pila. De ondernemer toonde zich niet bereid over dit document in debat te gaan. In de beroepsprocedure die daarop volgde, voerde de ondernemingsraad aan dat, gezien het feit dat het besluit tot concentratie van de volledige spaarlampproductie in lagelonenlanden daarin besloten lag, de ondernemer over de inhoud van het *decision document* advies had moeten vragen, of het althans in de adviesprocedure had moeten betrekken, omdat geen sprake was van een opzichzelfstaand besluit dat uitsluitend op verplaatsing van een deel van de productie betrekking had.

De Ondernemingskamer vond het niet aannemelijk dat het *decision document* aan het adviesrecht was onderworpen, nu het ging om een concept voor een onderzoek naar de mogelijkheden van concentratie. Evenmin kon worden gezegd dat door het besluit in Terneuzen uitvoering werd gegeven aan de in het document neergelegde strategie op termijn. Dat leidde niet tot de conclusie dat het document in de adviesprocedure buiten beschouwing mocht blijven. In de eerste plaats was van belang dat het document een weerslag bevatte van strategische plannen van Philips over de productie van spaarlampen in het algemeen, die van invloed kon zijn op de locatie Terneuzen. In zoverre hield het document gedachtegangen in die voor de ondernemingsraad van belang konden zijn. In de tweede plaats bleek uit het *decision document* dat de ondernemer het voornemen had om op korte termijn uitvoering te geven aan de daarin neergelegde plannen. In de derde plaats was van belang dat de ondernemingsleiding tijdens een recente bijeenkomst in Zuid-Amerika onder ogen had gezien dat het gevoerde beleid van concentratie zou moeten worden losgelaten ten

170. OK 16 maart 2000, JOR 2000/122.

faveure van een op spreiding gericht beleid. Weliswaar accepteerde de Ondernemingskamer het betoog van de ondernemer dat hier nog slechts sprake was van gedachtevorming en niet van besluitvorming, maar gezien de uitspraken van de ondernemer dat het beleid in belangrijke mate werd bepaald door de eisen van de markt, moest worden geoordeeld dat de aan hem gelaten ruimte om anders te beslissen beperkt was. Het besluit inzake Terneuzen kon daarom niet los worden gezien van de ontwikkeling van de bedrijfsvoering van Philips in haar algemeenheid en de ondernemer had het document niet buiten beschouwing mogen laten. Dit klemde te meer nu de ondernemer had gesteld dat over de door hem gevolgde strategie in algemene zin geen advies zou worden gevraagd. Deze stellingname bracht met zich mee dat de ondernemingsraad bij een advies over een specifiek voorgenomen besluit eerder aanspraak kon maken op het in de beschouwing mogen betrekken van onderliggende strategische uitgangspunten en van documenten die daarop betrekking hadden.

Uit de beschikking van de Ondernemingskamer blijkt niet hoe dit *decision document* in handen van de ondernemingsraad is gekomen. Daarmee lijkt de waarde van deze uitspraak beperkt als het gaat om het afdwingen van inzage in strategische plannen op holdingniveau. Van principiële belang is de overweging van de Ondernemingskamer dat, wanneer de ondernemer niet van zins is aan de ondernemingsraad (op welk niveau dan ook) advies te vragen over de strategie in algemene zin, daaruit volgt dat de raad eerder aanspraak kan maken op het in de beschouwing mogen betrekken van onderliggende strategische uitgangspunten en van documenten die daarop betrekking hebben. In sommige gevallen zal de ondernemingsraad kunnen weten dat dergelijke plannen bestaan en daarnaar kunnen vragen. In andere gevallen zal hij afhankelijk zijn van een informeler informatiecircuit, op basis waarvan hij kan betogen dat strategische plannen in de adviesprocedure betrokken moeten worden. De Ondernemingskamer heeft in het midden gelaten of het strategisch plan op zichzelf vanwege de daarin opgesloten liggende besluitvorming aan het adviesrecht is onderworpen. De beschikking biedt de ondernemingsraad wel aanknopingspunten om dit strategisch plan, ook waar dit betrekking heeft op het wereldwijde besluitvormingsproces, in de adviesprocedure te betrekken,¹⁷¹ zij het dat het ook dan weer gaat om een debat over een concreet besluit, dat door de ondernemingsraad niet in de beginfase kan worden beïnvloed.¹⁷²

171. Zie ook Willems 2010a, p. 169.

172. Duk beschouwt deze uitspraak overigens als een pyrrusoverwinning voor de ondernemingsraad: het besluit tot verplaatsing van Terneuzen naar Polen is enkele weken na de uitspraak alsnog genomen, zonder dat weer beroep is ingesteld (Duk 2010c, p. 105).

HOOFDSTUK 4

Nadien verschenen uitspraken van de Ondernemingskamer over twee andere ondernemingen van de Philips Lighting-divisie zijn illustratief voor de moeilijkheden die de ondernemingsraad ondervindt in pogingen door te dringen naar de beginfase van de besluitvorming of het verkrijgen van het strategisch plan. In deze uitspraken heeft de ondernemingsraad dit gepoogd te bewerkstelligen langs de weg van de mededelingsplicht van artikel 24 lid 1 WOR. In beide gevallen is dat beroep tevergeefs geweest.

In de zaak Philips Lighting Weert¹⁷³ ging het om de constatering van de ondernemer dat het niet gelukt was om nieuwe activiteiten voor Weert binnen te halen en dat de productie om die reden moest worden afgebouwd. In het daarop betrekking hebbende strategisch plan werd opgenomen dat het einde van de afbouw in 2009 zou plaatsvinden. Vervolgens diende de ondernemer een adviesaanvraag in, waarin werd voorzien in de beëindiging van de activiteiten van Philips Lighting Weert op een beduidend eerder tijdstip (april 2007). De ondernemingsraad klaagde bij de Ondernemingskamer onder meer over schending van artikel 24 lid 1 WOR, stellende dat de ondernemer in de overlegvergaderingen melding had moeten maken van besluiten die hij in voorbereiding heeft, en dat de raad in de maanden die aan het adviestraject voorafgingen nooit was gemeld dat ook de optie aan de orde was dat tot eerdere sluiting zou worden overgegaan dan was voorzien in het strategisch plan. De Ondernemingskamer stelde vast dat de toekomst van Weert wel in die overlegvergaderingen aan de orde was geweest, maar dat uit de correspondentie en een op één vergadering gehouden presentatie kon worden afgeleid dat nog steeds werd gekoerst op het strategisch plan. Op dat moment was slechts nog het alternatief van een management-buy-out aan de orde, als gevolg waarvan de Ondernemingskamer oordeelde dat een andere vorm van deze uitingen zonder meer voor de hand had gelegen. Overigens was het ook goed denkbaar geweest dat de ondernemingsraad, die kon weten dat Philips Lighting Weert zich in een uiterst kritische toestand bevond, om nadere uitleg van die documenten had gevraagd. De Ondernemingskamer kwam daarom tot het oordeel dat het nodige had geschort aan de wijze waarop Philips Lighting was omgegaan met zijn mededelingsplicht, maar dat daaraan geen sancties konden worden verbonden, te minder nu de ondernemingsraad in het vervolgetraject voldoende in het debat was betrokken en het voorgenomen besluit ook nog op de wensen van de ondernemingsraad was aangepast.

Tot een vergelijkbaar oordeel kwam de Ondernemingskamer in de zaak Philips Lighting Middelburg.¹⁷⁴ In bijeenkomsten van de Global Industrial Board Lighting van Philips was onder meer de strategie voor Middelburg aan de orde

173. OK 6 oktober 2006, ARO 2006/068.

174. OK 8 februari 2007, JAR 2007/07 m.nt. Verhulp.

gekomen. Enkele maanden daarna diende de ondernemer een adviesaanvraag in, die betrekking had op de beëindiging van de productie van geglasperste lampvoeten, hetgeen leidde tot het verval van een groot aantal arbeidsplaatsen. In zijn advies maakte de ondernemingsraad melding van het feit dat hij intussen de beschikking had gekregen over het verslag van de bijeenkomst van de Global Board, waaruit hij opmaakte dat besluitvorming toen al had plaatsgevonden en de kans op reële beïnvloeding van het voorgenomen besluit nihil was. Deze informatie had volgens de ondernemingsraad in de overlegvergaderingen op grond van artikel 24 WOR met hem moeten worden gedeeld.

De Ondernemingskamer overwoog dat niet in algemene bewoordingen kan worden omschreven vanaf welk moment sprake is van “een besluit in voorbereiding” als bedoeld in de bewuste bepaling. Dat is ook de achtergrond van artikel 24 lid 1 WOR, waarin wordt voorgeschreven dat tussen de ondernemer en de ondernemingsraad afspraken worden gemaakt wanneer de raad bij de besluitvorming wordt betrokken. Wanneer de onderneming deel uitmaakt van een internationaal, breed vertakt concern, waarin de besluitvorming over meer schijven loopt, geldt dit sterker. In een dergelijke omgeving zal de fase die voorafgaat aan de periode van een besluit in voorbereiding vaak langer zijn dan bij een zelfstandige onderneming en kan moeilijker worden gezegd wanneer de ene fase overgaat in de andere.¹⁷⁵ Strikt genomen kon aan de ondernemingsraad worden toegegeven dat de ondernemer geen mededeling had gedaan over de bewuste besluitvorming in een van de overlegvergaderingen in de zin van artikel 24 lid 1 WOR. In materiële zin lag dat genuanceerder: de onderneming had in de correspondentie opgesomd welke ontwikkelingen bij de betreffende activiteit van belang waren, waardoor het de raad duidelijk moest zijn geweest dat er maatregelen genomen moesten worden. De Ondernemingskamer volgde de raad niet in zijn visie dat het niet betrekken van de ondernemingsraad in de besluitvorming als voorgeschreven in artikel 24 lid 1 WOR automatisch tot gevolg heeft dat moet worden geoordeeld dat het advies ontijdig is gevraagd. Dat is slechts het geval als het advies niet van wezenlijke invloed kan zijn op het besluit.¹⁷⁶

Ik ben van mening dat de benadering van de Ondernemingskamer van de mededelingsplicht van artikel 24 lid 1 WOR in beginsel juist is. Inderdaad is het

175. Zie hierover ook Verburg 1998, Sprengers 1998 en Verburg 2009a.

176. Deze lijn is bevestigd in OK 21 juli 2006, ARO 2006/141, m.nt. Sprengers in Sociaal Recht 2006/71 (Compascum). In die zaak oordeelde de Ondernemingskamer dat de informatie over het strategisch plan niet zodanig concreet was dat voldaan was aan de eis van artikel 24 lid 1 WOR. In de beoordeling van de zaak speelde mede een rol dat de Europese ondernemingsraad betrokken was bij twee eerdere besluiten tot aankoop van ondernemingen in het buitenland, die van invloed waren op de bedrijfsvoering van de ondernemer.

HOOFDSTUK 4

zo dat in dergelijke concerns de besluitvorming langs verschillende hiërarchische lagen loopt en het moeilijk te zeggen valt wanneer sprake is van een besluit in voorbereiding dat aan de ondernemingsraad van de dochtervennootschap kenbaar moet worden gemaakt. Eveneens kan ik mij vinden in het oordeel dat schending van het artikel niet automatisch leidt tot de conclusie dat het besluit op kennelijk onredelijke gronden is genomen: daarvoor is nodig dat de ondernemingsraad in het daaropvolgende traject wezenlijke invloed is onthouden. Dat neemt niet weg dat de vraag ontstaat wanneer schending van de mededelingsplicht wél effect heeft op de beoordeling van het besluit. De terughoudendheid die de Ondernemingskamer in de Philips Lighting-zaken heeft gekozen lijkt mede te volgen uit het gegeven dat sprake was van een internationaal concern. Uit die uitspraken kan ik niet opmaken hoe zwaar dit aspect heeft gewogen. De benadering van de kamer lijkt hierop neer te komen dat wanneer de ondernemer na een schending van zijn mededelingsplicht voldoende gelegenheid geeft tot een inhoudelijke gedachtewisseling, deze schending niet of nauwelijks van invloed is op de beoordeling van het daarna genomen besluit. Als die constatering juist is, ontstaat de vraag of artikel 24 lid 1 WOR verwordt tot een dode letter. De bedoeling van de wetgever was te bevorderen dat de ondernemingsraad in een zo vroeg mogelijk stadium wordt geraadpleegd, en daarom is ook de wettelijke verplichting opgenomen om afspraken te maken over het moment en de manier waarop de raad in de besluitvorming wordt betrokken (artikel 24 lid 1, laatste volzin, WOR).¹⁷⁷ Met de toepassing die de Ondernemingskamer daaraan geeft, lijkt de raad weinig mogelijkheden te bezitten om dit artikel effectief aan te wenden teneinde zijn betrokkenheid bij de strategische besluitvorming te vervroegen.

3.4.3 De structuurregeling

Bij de behandeling van de informatievoorziening en het overleg binnen Nederlandse internationale concerns besprak ik de wijze waarop wordt gepoogd door introductie van een holdingstructuur aan de Nederlandse medezeggenschapswetgeving een passende reikwijdte te geven. Kan de ondernemingsraad zich succesvol verweren tegen een concernbesluit om de Nederlandconstructie toe te passen en een holdingstructuur te introduceren? Deze vraag werd ontkennend beantwoord in de zaak Douwe Egberts.¹⁷⁸

Tot het Douwe Egberts-concern behoorde een groot aantal ondernemingen in Nederland en daarbuiten, waarbij 11.000 werknemers in dienst waren, van wie 6000 buiten Nederland; 61% van de omzet werd in het buitenland behaald. De

177. Hoofdstuk 3, nr. 2.3

178. OK 16 februari 1989, NJ 1990, 693 m.nt. Maeijer.

ondernemer had de ondernemingsraad om advies gevraagd over een voorgenomen besluit tot invoering van een holdingstructuur. Als reden hiervoor werd genoemd dat het bestuur aandacht moest besteden aan verbetering van de marktposities, winstgevendheid en rendementen van met name de niet in Nederland gevestigde bedrijfsonderdelen. De aandacht van het bestuur van de topholding zou zich daarbij primair richten op de te voeren internationale strategie en strategische planning; de operationeel gerichte verantwoordelijkheden werden bij de divisies en landen- en werkmaatschappijen gelegd.

Douwe Egberts legde in een protocol vast dat de topholding een structuurvennootschap zou blijven en dat voor de Nederlandse holding het gemitigeerde structuurregime gold. Een belangrijke meerderheid van de raden van commissarissen zou bestaan uit commissarissen met de Nederlandse nationaliteit, met dien verstande dat gaandeweg gestreefd werd naar een meer internationale samenstelling. Voorts was zij bereid met de ondernemingsraad een convenant overeen te komen, waarin onder meer werd bevestigd dat de ondernemingsraad van de Nederlandse holding door het bestuur van de topholding in de gelegenheid gesteld zou worden advies uit te brengen over elk door de topholding voorgenomen besluit tot (1) overdracht van de zeggenschap over de topholding, (2) het aanbrengen van een belangrijke wijziging in of het verbreken van een belangrijke deelneming in de topholding, (3) het aanbrengen van een belangrijke wijziging in de bestaande samenwerkingsovereenkomst met de topholding of (4) wijziging van haar vestigingsplaats. De ondernemingsraad verzette zich tegen de verschuiving van de strategische verantwoordelijkheid naar de topholding, waarop hij niet langer medezeggenschap kon uitoefenen, en stelde beroep in tegen het besluit.

De Ondernemingskamer achtte het streven naar een structuur waarbij het hoogste bestuursorgaan primair is belast met strategische en internationale – en niet met specifiek Nederlandse – aangelegenheden begrijpelijk. Daarbij, zo oordeelde zij, heeft de ondernemer in beginsel de vrijheid om, ter bereiking van die nagestreefde aandachtsverschuiving van zijn bestuur, de door hem gewenste vorm te kiezen. Deze vrijheid vindt haar grens slechts daar waar de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. Dat laatste was bij dit besluit niet het geval. De Ondernemingskamer vond het belang van de ondernemingsraad, zeker nu in het aangeboden convenant de voor de raad aan het besluit verbonden nadelen aanzienlijk werden verminderd, niet zodanig geschaad dat hierdoor het besluit kennelijk onredelijk werd. De klacht van de ondernemingsraad dat de ondernemer verplicht was om bij de concernholding een ondernemingsraad in te stellen of die holding als overlegpartner van de raad aan te wijzen werd gepasseerd. De Ondernemingskamer vond dat niet op voorhand duidelijk was

HOOFDSTUK 4

dat de topholding in ieder geval tot het instellen van een ondernemingsraad zou dienen over te gaan.

De ondernemingsraad lijkt dus weinig middelen te hebben om de introductie van een holdingstructuur tegen te gaan, zeker wanneer een convenant wordt aangeboden waarin hem bovenwettelijke bevoegdheden worden toegekend. Volgens annotator Maeijer betekent dit niet dat het convenant doorslaggevend werd geacht, en hij meent dat niet gezegd kan worden dat bij een dergelijke herstructurering een convenant wel een ‘must’ is.

Uit de overwegingen van de Ondernemingskamer in deze zaak volgt overigens wel een andere mogelijkheid waarop werknemers van een Nederlands internationaal concern medezeggenschapsrechtelijke aanspraken op het niveau van de topholding kunnen maken. Dat kan zich voordoen wanneer het aantal werknemers in dienst van de topholding het getalscriterium van artikel 2 lid 1 WOR overschrijdt. Wanneer er meer dan vijftig personen krachtens een arbeidsovereenkomst bij de topholding werkzaam zijn, kan de plicht ontstaan om daar een ondernemingsraad in te stellen. De vraag kan worden gesteld of hierop bij alle Nederlandse internationale concerns voldoende zicht is. Tevens zou de centrale ondernemingsraad van de Nederlandse holding een vordering tot naleving van de wet kunnen instellen, gebaseerd op de stelling dat ook de werknemers van de topholding voor een goede toepassing van de wet onder zijn medezeggenschap dienen te vallen. Ik wil die laatste vordering niet onmiddellijk een grote kans van slagen geven: dit zal mede afhangen van de overige omstandigheden van het geval en het antwoord op de vraag welke bevoegdheden de ondernemingsraad – bij convenant – zijn aangeboden of toegekend.

3.5 *Evaluatie*

De vorming van de concernstrategie binnen de topholding van Nederlandse internationale concerns bevindt zich geregeld op grote afstand van de Nederlandse onderneming waaraan de ondernemingsraad verbonden is. De complexiteit van de beleidsvorming met internationale effecten is vaak vele malen groter dan bij een (uitsluitend) Nederlandse onderneming het geval is. Deze complicaties worden door Nederlandse internationale concerns vaak opgelost door de inrichting van hun vennootschapsrechtelijke of medezeggenschapsrechtelijke structuur. De meest voorkomende maatregel is dat scheiding plaatsvindt van de internationale beleidsvorming op het niveau van de topholding en de Nederlandse activiteiten, die onder een Nederlandse subholding worden geplaatst. Bij een groot aantal Nederlandse internationale concerns is het goed gebruik dat een convenant wordt gesloten met de ondernemingsraad van de Nederlandse subholding, waarin afspraken worden gemaakt over zijn betrokkenheid bij grensoverschrijdende aangelegenheden. Dergelijke convenanten

bevatten vaak bepalingen over de informatievoorziening aan de raad en de rol van het Nederlandse bestuur. Die convenanten leiden er over het algemeen niet toe dat de concernleiding zelf in overleg treedt met de ondernemingsraad op Nederlands niveau; dat overleg wordt aan het bestuur van de Nederlandse onderneming overgelaten.

Uitzonderingen doen zich voor bij van buiten komend onheil, zoals pogingen van aandeelhouders tot beïnvloeding van het strategisch beleid van de concernleiding. In dergelijke situaties bevinden concernleiding en ondernemingsraad zich soms aan dezelfde kant. De raad kan zich in dergelijke gevallen actief mengen in het debat over de strategie door, bijvoorbeeld, het verstrekken van (ongevraagde) adviezen of door de voeging als belanghebbende in een enquêteprocedure. Van die laatste mogelijkheid wordt door ondernemingsraden in mijn ogen te weinig gebruikgemaakt. Ik meen dat hier een taak ligt voor de ondernemingsraad, juist wanneer het gaat om een enquêteprocedure of andersoortig juridisch geschil over de te volgen strategische koers van het concern, de samenstelling van de verschillende divisies of – in versterkte mate – de continuïteit van de groep of de (Nederlandse) ondernemingen daarin. In dat soort gevallen zou de raad zich naar mijn mening verplicht moeten voelen tot actieve inmenging in het (processuele) debat. De rechter zou naar mijn mening het werknemersbelang, in zaken waarin dat opportuun is, uitdrukkelijk een plaats kunnen geven in de afweging rondom het belang van de vennootschap, vaker dan nu gebeurt. Indien dat plaatsvindt, verwacht ik dat de voeging door ondernemingsraden als belanghebbende in enquêteprocedures een sterke ontwikkeling zal doormaken.

Het internationale karakter van de hier besproken concerns brengt voor de ondernemingsraad extra complicaties mee. Die komen vooral tot uitdrukking bij de uitoefening van het beroepsrecht en de vraag of de ondernemingsraad recht heeft op medezeggenschap bij of kennisname van het internationale strategisch plan. De jurisprudentie daarover vertoont een genuanceerd beeld. Als uitgangspunt lijkt te gelden dat een dergelijk plan op zichzelf bezien niet adviesplichtig is. Wanneer de onderneming deel uitmaakt van een internationaal, breed vertakt concern, waarin de besluitvorming over meer schijven loopt, zal de fase die voorafgaat aan de periode van een besluit in voorbereiding langer zijn dan bij een zelfstandige onderneming en kan moeilijker worden gezegd wanneer de ene fase overgaat in de andere. Daarin verschilt de besluitvorming binnen het Nederlandse internationale concern dus van de Nederlandse onderneming, waar in zijn algemeenheid de besluitvorming over minder schijven en in minder fasen zal verlopen.

Voor het antwoord op de vraag in hoeverre de ondernemingsraad (in een latere adviesprocedure) aanspraak kan maken op het in de beschouwing mogen

HOOFDSTUK 4

betrekken van het strategisch plan van de gehele groep, lijkt de integriteit van het handelen van de ondernemer beslissend te zijn. Wanneer er een internationale strategie bestaat die van invloed kan zijn op de onderneming in Nederland, bevat het achterliggende plan elementen die voor de ondernemingsraad van belang kunnen zijn. Indien daarnaast blijkt dat de ondernemer het voornemen heeft om op korte termijn aan het internationale strategisch plan uitvoering te geven, kan hij dit niet zonder meer buiten de adviesprocedure houden.

De Ondernemingskamer lijkt begrip te hebben voor de wens van de leiding van het Nederlands internationaal concern om de internationale activiteiten af te schermen van de Nederlandse. In minder duidelijke situaties geldt al snel de algemene regel dat bij een complex besluitvormingsproces niet snel sprake zal zijn van een plicht de internationale strategie te delen met de ondernemingsraad, bijvoorbeeld in een overlegvergadering waarin de algemene gang van zaken of besluiten in voorbereiding worden besproken.

Deze evaluatie van de positie van ondernemer en ondernemingsraad binnen het Nederlandse internationale concern brengt mij bij de bespreking van de derde en laatste categorie van de medezeggenschapsrechtelijke driedeling in het Nederlandse bedrijfsleven, te weten het buitenlandse internationale concern met belangen in Nederland.

4 Buitenlandse internationale concerns met belangen in Nederland

4.1 *Vorming van de concernstrategie buiten de Nederlandse onderneming*

Tussen de taak van de leiding van een Nederlands en een buitenlands internationaal concern bestaat geen wezenlijk verschil: beide dienen zorg te dragen voor de ontwikkeling en implementatie van de strategie van de internationale groep. Daaruit volgt dat ook de leiding van een buitenlands internationaal concern in beginsel geen al te grote ruimte aan vertegenwoordigers van deelbelangen binnen de groep zal toekennen. In praktische zin kunnen wel grote verschillen bestaan tussen vanuit Nederland en vanuit het buitenland geleide concerns. De buitenlandse concernleiding staat fysiek en psychologisch veel verder af van de Nederlandse onderneming en haar werknemers, die binnen de internationale groep meestal slechts een van de vele – en niet noodzakelijkerwijs de grootste – operationele eenheden zal vormen. De buitenlandse concernleiding zal daarnaast vaak een minder vanzelfsprekend begrip hebben voor de Nederlandse sociale verhoudingen of de daarin bestaande medezeggenschapsrechten.

De beleidsvrijheid van de leiding van een buitenlands internationaal concern is niet onbegrensd. In de eerste plaats worden grenzen gevormd door praktische factoren als financieel-economische omstandigheden, marktontwikkelingen en overwegingen over (maatschappelijk) verantwoord ondernemerschap. Zonder invloed van buitenaf stelt de leiding deze grenzen zelf vast en is zij in hoofdzaak degene die beoordeelt in hoeverre het strategisch beleid moet worden aangepast aan omstandigheden komend van binnen of buiten het concern. In de tweede plaats wordt de beleidsvrijheid van de concernleiding beperkt door het juridisch kader waarbinnen zij opereert. Bij de beleidsbepaling van het buitenlandse internationale concern is een overkoepelend juridisch kader vaak niet aanwezig en komen begrenzings in de juridische sfeer vaak pas in beeld wanneer uit dat beleid voortvloeiende strategische besluiten lokaal moeten worden uitgevoerd.

In de gedachtevorming rondom het strategisch beleid van het buitenlandse internationale concern krijgen de werknemers van de Nederlandse dochtervennootschap over het algemeen weinig plaats. De vraag is of een pleidooi voor werknemersinvloed op dat niveau realistisch zou zijn. Bezien vanuit de taak van de concernleiding kan het omgekeerde worden betoogd: haar plicht betreft de vormgeving van het beleid van de groep en daarbij hoort dat zij geen of slechts beperkte ruimte laat voor het werknemersbelang van de Nederlandse dochter. Ook in praktische zin is de uitwerking van werknemersinvloed op de topholding van buitenlandse internationale concerns moeilijk denkbaar. Die topholding staat geregeld in een zodanig ver verwijderd verband tot de Nederlandse dochtervennootschap, dat deelname van werknemers aan de strategische gedachtevorming moeilijk te realiseren valt. De internationale leiding en de Nederlandse werknemersvertegenwoordigers hebben over het algemeen geen contact. Zij kennen elkaar niet en bij de concernleiding zal de wens daartoe meestal ook niet bestaan.

Daaruit volgt dat werknemers die invloed willen uitoefenen op de beleidsvorming op het niveau van de topholding van het buitenlandse internationale concern, wellicht meer dan bij het Nederlandse internationale concern zullen moeten teruggrijpen op juridische middelen. Daarbij stuiten zij op de beperkingen van het rechtssysteem, die ik nu zal behandelen.

4.2 Informatievoorziening

De ondernemingsraad die wil doordringen tot de beginfase van een strategisch besluitvormingsproces zou moeten beschikken over informatie over de inhoud van de gedachtewisseling op het niveau van de topholding. Deze informatie dient bovendien van zodanige kwaliteit te zijn dat de ondernemingsraad in staat

HOOFDSTUK 4

is om (tijdig) het strategische besluitvormingsproces te begrijpen en in perspectief te plaatsen.

In internationale verhoudingen ontbreekt het meestal aan deze informatie. Een factor van belang is de medezeggenschapsrechtelijke regel dat de Nederlandse ondernemingsraad pas betrokken raakt wanneer sprake is van tussenkomst van het bestuur van de Nederlandse onderneming. De noodzaak van betrokkenheid van dit bestuur leidt tot een inherente vertraging. In veel gevallen zal het concernbeleid in grote mate uitontwikkeld zijn voordat het Nederlandse bestuur een verzoek of instructie ontvangt om daaraan uitvoering te geven. Bovendien zal het in de regel gaan om concreet voorgenomen besluiten, zonder dat nog langer van gedachten gewisseld kan worden over de eraan ten grondslag liggende strategie. Wanneer het bijvoorbeeld gaat om een voorgenomen besluit tot sluiting of inkrimping van de onderneming van de Nederlandse dochtervennootschap, zal daarachter een bredere strategie liggen, die betrekking kan hebben op een beweging naar kostenbeheersing, consolidatie van ondernemingen, centralisatie van (productie)faciliteiten of een vlucht naar lagelonenlanden. De invloed op die strategie valt in internationale verhoudingen moeilijk te verwezenlijken.

In hoofdstuk 3 schreef ik dat de SER bij de informatievoorziening aan de ondernemingsraad in internationale concerns een lacune constateerde, die door de wetgever niet is opgevuld.¹⁷⁹ De moedervennootschap is niet verplicht ervoor te zorgen dat de dochter haar verplichtingen jegens de ondernemingsraad integraal naleeft. De raad zou wel indirecte druk op de moeder kunnen uitoefenen wanneer het gaat om adviesplichtige besluiten, maar die mogelijkheid is niet aanwezig in situaties waarin de moeder weigert de dochtervennootschap in staat te stellen haar algemene informatieverplichtingen jegens de raad na te komen. Hier voorzag de SER alleen een oplossing langs de band van het internationale recht.

In datzelfde hoofdstuk besprak ik de prospectief te verstrekken financieel-economische informatie aan de ondernemingsraad.¹⁸⁰ Hiertoe dient ook informatie over belangrijke investeringen in binnen- en buitenland te worden gerekend. Deze bepalingen zijn gericht tot de Nederlandse onderneming en kennen in zoverre geen extraterritoriale werking. Hier is de door de SER geconstateerde lacune in het medezeggenschapsrecht relevant wanneer de buitenlandse concernleiding het bestuur van de Nederlandse dochtervennootschap niet in staat stelt integraal aan de verplichtingen uit de WOR te voldoen. Het Nederlandse bestuur kan uitsluitend aan deze voorschriften voldoen voor

179. Hoofdstuk 3, nr. 2.4.

180. Hoofdstuk 3, nr. 2.1.

zover het daartoe door de buitenlandse concernleiding in staat wordt gesteld, althans als het zich binnen redelijke grenzen heeft ingespannen om de informatie te verkrijgen.

In 2009 noemde het kabinet de informatievoorziening binnen internationale concerns als belangrijk punt van verbetering.¹⁸¹ Ondernemingsraden weten vaak niet hoe zeggenschapsverhoudingen in internationale concerns liggen. Artikel 31 lid 2 WOR bevat de verplichting de ondernemingsraad te informeren over deze verhoudingen, maar strekt zich niet uit tot de internationale activiteiten van de groep. Het kabinet stelde daarom voor deze bepalingen uit te breiden, zodat de ondernemingsraad de beschikking zou krijgen over deze informatie. Ook op dit punt bevat de wet lacunes inzake de informatievoorziening binnen buitenlandse internationale concerns.

Het standpuntbepalingsrecht van de ondernemingsraad van naamloze vennootschappen binnen internationale concerns is (eveneens) beperkt. De wetgever realiseerde zich dat deze regeling waarschijnlijk geen equivalent in het buitenland kende.¹⁸² Dat heeft inwerkingtreding van de wet niet belemmerd, maar wel geleid tot beperkingen in de omvang van het standpuntbepalingsrecht. Die beperkingen zijn verwerkt in artikel 2:134a lid 2, 2:135 lid 3 en 2:144a lid 2 BW, waarin is geregeld dat voor de toepassing van de betreffende bepaling onder de ondernemingsraad tevens wordt verstaan de ondernemingsraad van de onderneming van een dochtermaatschappij, mits de werknemers in dienst van de vennootschap en de groepsmaatschappijen in meerderheid binnen Nederland werkzaam zijn. Is er meer dan één ondernemingsraad, dan wordt de bevoegdheid door deze raden gezamenlijk uitgeoefend. Is voor de betrokken onderneming of ondernemingen een centrale ondernemingsraad ingesteld, dan komt de bevoegdheid toe aan die ondernemingsraad.

Deze regeling houdt in dat geen standpuntbepalingsrecht geldt in de algemene vergadering van een vennootschap die aan het hoofd staat van een groep waarvan de meerderheid van de werknemers in het buitenland werkzaam is. Voor de vraag of zo'n recht aan de orde is, moet worden bezien of de meerderheid van de werknemers van de betreffende vennootschap en haar dochtervennootschappen in of buiten Nederland werkzaam is.

181. Kabinetsstandpunt Medezeggenschap 2009, p. 11.

182. Kamerstukken II 2008-2009, 31 877, nummer 3, p. 5. Zie ook het rapport over bestuurdersbeloningen in Nederland, Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten, opgesteld in opdracht van het ministerie van Financiën, juli 2008, door Nauta Dutilh in samenwerking met Hengeler Mueller, Bredin Prat, Slaughter & May en Hughes Hubbard & Reed LLP, p. 7.

HOOFDSTUK 4

In de algemene vergadering van de Nederlandse dochtervennootschap van het internationale concern kan het standpuntbepalingsrecht wel van toepassing zijn. Een voorwaarde is dat de meerderheid van de werknemers van die dochter en haar eventuele dochterondernemingen in Nederland werkzaam is, zo is in de nadere memorie van antwoord tijdens de behandeling in de Eerste Kamer verklaard.¹⁸³ Dat betekent dat het recht wel geldt voor werknemers van Nederlandse dochtervennootschappen van een buitenlands concern, maar dat die rechten beperkt blijven tot de besluitvorming op het niveau van die Nederlandse dochter.

4.3 Overleg

De Nederlandse ondernemingsraad lijkt weinig juridische middelen te hebben om overleg met (vertegenwoordigers van) de leiding van het buitenlandse internationale concern te faciliteren of zelfs te forceren. In hoofdstuk 3 beschreef ik de aanwezigheidsplicht van commissarissen en bestuurders van de moedervennootschap bij overlegvergaderingen met de ondernemingsraad zoals onder meer geregeld in artikel 24 lid 2 WOR.¹⁸⁴ Die plicht is in beginsel ook van toepassing op functionarissen van buitenlandse rechtspersonen, voor zover deze een positie bekleden die vergelijkbaar is met die van een Nederlandse commissaris of bestuurder.¹⁸⁵ De wetgever heeft duidelijk gemaakt dat, indien de moedermaatschappij in het buitenland is gevestigd, bestuurders daarvan niet gedwongen kunnen worden op de overlegvergadering te verschijnen. Binnen buitenlandse concerns bestaat evenmin een praktijk waarin het gebruikelijk is de verhouding tussen de (strategische) besluitvorming van de concernleiding en de medezeggenschap in de Nederlandse dochtervennootschap te regelen in een convenant. In de praktijk is hier een verschil zichtbaar tussen vanuit Nederland geleide concerns (waar deze bereidheid vaak wel bestaat) en buitenlandse internationale concerns. De informatievoorziening vanuit de concernleiding is bij die laatste minder vastomlijnd en verloopt vaak aan de hand van concrete besluiten.

In de praktijk wordt door het bestuur van de Nederlandse dochter wel gepoogd een goede relatie met de ondernemingsraad op te bouwen, onder andere door hem met regelmaat te voorzien van de informatie over het concernbeleid (soms meer dan wettelijk verplicht is) en door het voeren van overleg daarover.

183. Kamerstukken I 2009-2010, 31 877, E, p. 2.

184. Hoofdstuk 3, nr. 2.2.

185. Rood/Verburg p. 266. Slagter 1981 zag dit als een machteloze kreet van de Nederlandse wetgever, waarvan de buitenlandse bestuurder zich niets behoeft aan te trekken. Van Mierlo meent dat de wettelijke regeling over de aanwezigheid van commissarissen van de ondernemer en van bestuurders van aandeelhouders ontoereikend is (Van Mierlo 2013, p. 156).

Daarvoor is wel nodig dat het Nederlandse bestuur de concernstrategie voldoende kent en deze mag delen met de ondernemingsraad; dat is niet altijd het geval. In die situaties komt het voor dat het bestuur van de dochter een beroep doet op de Nederlandse medezeggenschapswetgeving om zo de concernleiding ertoe te bewegen de informatie te verschaffen die het mogelijk maakt om het overleg met de raad te voeren.

Een dergelijke benadering levert het bestuur van de dochter vooral wat op wanneer sprake is van een concreet strategisch besluit – zoals een reorganisatie of bezuinigingsoperatie – waarvan het bestuur zelf over onvoldoende gedetailleerde informatie beschikt, terwijl advies van de ondernemingsraad benodigd is. In die gevallen zal de buitenlandse concernleiding, daartoe aangespoord door extern juridisch advies, eerder genegen zijn het lokale bestuur te voorzien van de gegevens die nodig zijn om de strategie uit te leggen. De ondernemingsraad kan dit proces verscherpen door concrete vragen te stellen, bijvoorbeeld over het strategisch plan, de berekeningen en de prognoses die aan het besluit ten grondslag liggen. Zo lijken de medezeggenschapsrechten van werknemers vooral nut te hebben om het Nederlandse bestuur te voorzien van informatie over de internationale concernstrategie en de internationale leiding te dwingen na te denken over de beweegredenen achter haar beslissingen.

De waarde van de medezeggenschap voor de internationale concernleiding ligt in het kanaliseren van het overleg met de werknemers via de ondernemingsraad: hij neemt in wezen een besluit namens de achterban. Wanneer het om de sociale gevolgen van dat proces gaat, levert dit voor het concern soms wel een (vertragend) onderhandelingsproces op, maar voorkomt dit kostbare geschillen met individuele werknemers. Als een strategisch besluit in meer landen moet worden uitgevoerd, levert het overleg met werknemersvertegenwoordigers in de verschillende jurisdicties zo significante voordelen op. Dat heeft tot gevolg dat de internationale leiding – ook buiten het strikt juridisch noodzakelijke – bereid zal zijn het bestuur van de Nederlandse dochter in staat te stellen het overleg met de ondernemingsraad goed te voeren. Deze invloed is van belang, nu die ertoe kan leiden dat de raad betere sociale voorzieningen voor het personeel uitonderhandelt. Die invloed moet – anderzijds – niet worden overschat, omdat hij de kern van de strategische besluitvorming niet raakt: dat besluit blijft in dit scenario intact, de onderhandelingen vinden plaats aan het einde van het besluitvormingsproces en gaan over de verzachting van de personele consequenties ervan.

4.4 *Rechtsmiddelen*

In 1981 publiceerde Teulings zijn onderzoek naar de omgang met macht en conflict door de ondernemingsraad. De aanleiding was onder meer de toename

HOOFDSTUK 4

van belangentegenstellingen tussen de ondernemingsleiding en de (georgani-seerde) werknemers door de processen van herstructurering van de industrie en de stagnerende economie. Daardoor was bij (een deel van) de werknemers de noodzaak ontstaan om, meer dan voorheen, gebruik te maken van machts-middelen om hun rechten te verdedigen. Teulings onderzocht of ondernemings-raden inderdaad machtsmiddelen toepasten, hoe vaak dit plaatsvond en welke bereidheid bestond om gebruik te maken van wettelijke bevoegdheden.¹⁸⁶ Onder deze machtsmiddelen verstond Teulings (1) de overlegboycot, (2) vormen van openbaarheid (variërend van interne verklaringen aan de werkne-mers tot het inlichten van de pers), (3) het gebruik van rechtsmiddelen en (4) collectieve actie (inschakeling vakorganisaties, werkonderbrekingen).

Uit dit onderzoek komt een ander beeld naar voren dan de onderbenutting van rechten die Van Beurden e.a. in 2009 constateerden. Teulings constateerde bij ondernemingsraden een grote bereidheid om van wettelijke bevoegdheden en procedures gebruik te maken, zonder toevlucht te zoeken in collectieve actie. Hij noemde dit “legaal militantisme”,¹⁸⁷ een term die wij in de huidige tijd niet snel zouden gebruiken. In de meeste onderzochte raden werden machtsmidde-len toegepast als praten niet meer hielp. De meeste machtsmiddelen werden als effectief beschouwd: hun toepassing had naar de mening van betrokkenen in meer dan vijftig procent van de gevallen zeer veel invloed gehad op het beleid van het bestuur, ook van buitenlandse internationale concerns. Vooral bij ondernemingsraden die in meerderheid uit leden van de vakorganisatie be-stonden, was sprake van een grote bereidheid tot het gebruik van rechts- en andere machtsmiddelen. Als voorbeelden van het gebruik van deze machts-middelen noemde Teulings de zaken Batco en Ford, die ik nu zal behandelen.

4.4.1 Het enquêterecht

De Ondernemingskamer heeft zich verschillende malen uitgelaten over de omvang van de verplichting tot informatievoorziening aan werknemersverte-genwoordigers in buitenlandse internationale concerns. In die gevallen ging het om door de vakorganisaties ingestelde enquêteprocedures, waarbij werd samen-gewerkt met de ondernemingsraad. De zaak Batco is daarin een standaarduit-spraak.¹⁸⁸ In deze enquêteprocedure ging het om een voorgenomen besluit van Batco Nederland, een dochter van het multinationale concern BAT Industries te

186. Teulings 1981, p. 55.

187. Teulings 1981, p. 199.

188. OK 21 juni 1979, NJ 1980, 71, tevens behorende bij OK 21 juni 1979, NJ 1980, 73 m.nt. Maeijer (Verenigde Lucifersfabrieken). Assink spreekt in dit verband van “sociaal wanbe-leid” (Assink 2007, p. 416).

Londen, tot sluiting van de sigarettenfabriek in Amsterdam. In de eerstefasebeschikking van 5 oktober 1978 had de Ondernemingskamer overwogen dat bij het in te stellen onderzoek niet voorbij kon worden gegaan aan de omstandigheid dat Batco Nederland een volle dochter was van BAT Industries en dat deze vennootschappen een aandelenbelang hadden in Batco Benelux. De onderzoeker stelde vast dat Batco Nederland en Batco Benelux als een organisatorische eenheid moesten worden beschouwd, die bestuurlijk onder leiding stond van één orgaan, de Benelux management board. De beslissingen van die board hadden voor Batco Nederland rechtstreeks gevolgen en konden niet buiten beschouwing blijven.

In de tweedefasebeschikking concludeerde de Ondernemingskamer op basis van het rapport van de onderzoeker dat bedrijfseconomische bezwaren van de vakorganisaties tegen het voornemen de productie in Brussel te concentreren en de fabriek in Amsterdam te sluiten, moesten worden verworpen. Bij de besluitvorming dienden ook de sociale gevolgen daarvan te worden betrokken en met de belangen van alle werknemers in de Benelux moest rekening worden gehouden. De kamer oordeelde dat dit onvoldoende had plaatsgevonden, nu Batco Nederland het overleg met de vakorganisaties en de ondernemingsraad had afgebroken. Dit afbreken werd onjuist bevonden, omdat de toekomst van de fabriek in Amsterdam al jaren regelmatig onderwerp van bespreking was geweest, Batco Nederland door het afleggen van geruststellende verklaringen bij zijn werknemers gerechtvaardigde verwachtingen had gewekt dat de werkgelegenheid in Amsterdam niet verminderd zou worden, en BAT Industries de OECD Guidelines als richtlijn voor zijn beleid had aanvaard, ingevolge waarvan samenspraak met de werknemersvertegenwoordigers diende plaats te vinden.¹⁸⁹ Onder die omstandigheden vormde het afbreken van het voorgescreven overleg met de vakorganisaties en de ondernemingsraad een ernstige verwaarlozing van Batco's verplichting dit overleg te voeren. Het besluit tot sluiting van de fabriek in Nederland werd vernietigd.

De enquêteprocedure inzake Ford, een wereldwijd automobielconcern, vormde hiervan in zekere zin het spiegelbeeld.¹⁹⁰ Hier ging het om een voorgenomen besluit van Ford Nederland, een vennootschap waarvan de aandelen voor 95% in handen waren van Ford Motor Company in Detroit, tot sluiting van de productieafdeling te Amsterdam, waar 1092 personen werkzaam waren. De vakorganisaties stelden zich op het standpunt dat dit besluit redenen opleverde om aan een juist beleid van Ford Nederland te twijfelen, onder meer nu de ondernemingsleiding voorgestelde alternatieven tot herstel van de

189. Zie hierover verder De Bie Leuveling Tjeenk 2011.

190. OK 10 december 1981, NJ 1983, 24 m.nt. Maeijer.

HOOFDSTUK 4

rentabiliteit van de productieafdeling in Amsterdam had verworpen. De Ondernemingskamer stelde voorop dat het opstellen van prognoses tot de taken van die leiding behoort. De vakorganisaties zouden aannemelijk moeten maken dat Ford Nederland bij het opstellen van zijn prognoses niet verantwoord te werk was gegaan, maar waren daarin niet geslaagd. Evenals in de Batco-zaak had het overleg tussen Ford en de werknemersvertegenwoordigers te wensen overgelaten, maar dat viel mede de vakorganisaties en de ondernemingsraad te verwijten. Daarbij speelde een rol dat deze een tweetal bedrijfsbezetters hadden gesteund, hetgeen volgens de Ondernemingskamer niet bevorderlijk is geweest voor een open overleg. De stelling van de vakorganisaties dat Ford Nederland onvoldoende informatie had verschaft werd deels verworpen. Ford Nederland had geweigerd de langetermijnplannen voor Europa aan de vakorganisaties en de ondernemingsraad te verstrekken. Zij stelde deze niet te kennen en daarover niet de beschikking te hebben, alsmede dat deze plannen geheime productgegevens bevatten. Ford Nederland had zich bereid verklaard alle concrete vragen te beantwoorden en stelde dat geen concrete vragen waren gesteld waarop geen antwoord was gegeven. Dat dit anders zou zijn was naar het oordeel van de Ondernemingskamer niet aannemelijk geworden. Ford Nederland had wel onvoldoende duidelijkheid verschaft over de vraag welke strategische beslissing was genomen over de zware vrachtwagens. Aanvankelijk had het bestuur van Ford Nederland gesteld dat deze in een van de Engelse Ford-fabrieken zouden worden gebouwd, maar later stelde het dat Ford besloten had zich op een termijn van enige jaren uit de zware vrachtwagens terug te trekken. Voorts was onduidelijkheid blijven bestaan over de positie van Ford Nederland en over de zeggenschapsverhoudingen binnen het Ford-concern. Ford Nederland had volstaan met de constatering dat het onverbrekelijk deel uitmaakte van het concern en dat dit gegeven van invloed was op zijn besluitvorming. Deze tekortkomingen in de informatievoorziening werden door de Ondernemingskamer van onvoldoende gewicht geacht om tot toewijzing van het enquêteverzoek te komen.

De verklaring voor het verschil in uitkomst tussen Batco en Ford is mijns inziens gelegen in de waardering door de rechter van de houding van de partijen. De beschikkingen zijn daardoor nog steeds actueel. Evenals in het beroepsrecht geeft de rechter in enquête-uitspraken waarin het werknemersbelang bij strategisch beleid centraal staat, een oordeel dat in hoge mate wordt ingekleurd door de redelijkheid. De consequentie daarvan is – enerzijds – dat van de ondernemer een grote overleg- en onderhandelingsbereidheid wordt gevraagd wanneer hij jegens werknemers verwachtingen heeft gewekt of zich niet tijdig heeft uitgelaten over zijn strategische voornemens. In de zaak Batco kwam dit onder meer tot uitdrukking doordat de toekomst van de fabriek al jaren onderwerp was van overleg met de werknemersvertegenwoordigers, zonder dat dit tot een aankondiging van sluiting had geleid, en er bovendien

geruststellende verklaringen waren afgelegd over de toekomst van de fabriek. Anderzijds geldt dat omstandigheden die op het eerste gezicht wellicht voldoende grond voor (een vermoeden van) wanbeleid zouden opleveren, zoals het niet honoreren van gewekte verwachtingen of het onvoldoende verstrekken van informatie, onvoldoende gewicht in de schaal leggen wanneer de houding van werknemersvertegenwoordigers te wensen overlaat. In de zaak Ford werd de vertegenwoordigers aangerekend dat zij het overleg hadden doorkruist door hun steun aan de bedrijfsbezettingen. Daardoor oordeelde de Ondernemingskamer dat het overlegklimaat zodanig was verstoord dat de weigering van Ford Nederland (en – indirect – de concernleiding) om de langetermijnplannen voor Europa te verstrekken werd gesanctioneerd. De ondernemer mocht in dit geval volstaan met een verzoek aan de vakorganisaties om concrete vragen te stellen, terwijl het voor die laatste moeilijk zal zijn geweest deze te formuleren over een langetermijnplan dat zij niet kenden. Ik had mij kunnen voorstellen dat hier wel van Ford verlangd kon worden dat het informatie verschaftte over de grondslagen van het Europese langetermijnplan voor zover die implicaties hadden voor de onderneming in Nederland, maar zover wilde de Ondernemingskamer in dit geval niet gaan. De kamer oordeelde wel dat de informatieverstrekking over het strategische besluit inzake de zware vrachtwagens en de zeggenschapsverhoudingen in het concern onvoldoende was, maar dat dit niet tot een vermoeden van wanbeleid leidde. Ik verbind deze oordelen aan de specifieke omstandigheid dat de werknemersvertegenwoordigers steun verleenden aan een van de meest ingrijpende en schadelijke vormen van collectieve actie, de bedrijfsbezetting, die tot tweemaal toe werd georganiseerd. Bij een deugdelijk voortgezet overleg zou het handelen van (de concernleiding van) Ford wel degelijk tot een vermoeden van wanbeleid hebben kunnen leiden, zoals blijkt uit de uitspraak in de zaak Hyster.

In die kwestie verzochten de vakorganisaties tot het houden van een enquête naar het beleid van Hyster Nederland, onderdeel van het in de Verenigde Staten gevestigde concern Hyster Company.¹⁹¹ Het ging om een door de concernleiding genomen en door het bestuur van Hyster Nederland overgenomen besluit tot inkrimping van het personeelsbestand van Hyster Nederland met achtereenvolgens 167 en 68 arbeidsplaatsen, wegens de verplaatsing van de productie van trucks naar Schotland. Doordat de concernleiding aan het bestuur van Hyster Nederland en haar raad van commissarissen onvoldoende informatie had verschaft, waren deze niet aan een zelfstandige beoordeling van het besluit toegekomen. In deze beschikking formuleerde de Ondernemingskamer voor het eerst de leer dat een moedervernootschap aan de dochtervernootschap richtlijnen en aanwijzingen kan geven waaraan die dochter zich door haar afhankelijkheid van de moedervernootschap in het algemeen moeilijk kan onttrekken,

191. OK 23 juni 1983, NJ 1984, 571 m.nt. Maeijer.

HOOFDSTUK 4

doch dat dit de eigen rechten en verplichtingen van de dochter als rechtspersoon naar Nederlands recht onverlet laat. Die verhouding bracht met zich mee dat de moeder gehouden was aan de dochtervennootschap in beginsel al die informatie te (doen) verschaffen die het bestuur van Hyster Nederland redelijkerwijs nodig had voor een behoorlijke vervulling van zijn taak, waaronder het verschaffen van informatie aan de vakorganisaties. Dat betekende niet dat de vakorganisaties de beschikking hadden moeten krijgen over de rapporten inzake het door Hyster Company verrichte onderzoek naar de wereldwijde capaciteit. Wel had Hyster Nederland informatie moeten verschaffen over de grondslagen en de uitkomst van het onderzoek voor zover van belang voor zijn vestiging.

De zojuist genoemde leer van de zelfstandige positie van de Nederlandse rechtspersoon in het buitenlandse internationale concern is door de Ondernemingskamer bevestigd in de zaak Howson-Algraphy.¹⁹² In het cassatieberoep tegen die beschikking van de kamer had de ondernemingsraad slechts aangevoerd dat hij er, ondanks een gesloten overeenkomst met de ondernemer, belang bij bleef hebben om te weten wat de Engelse moedermaatschappij nu wel en nu niet mocht doordrukken en of de WOR ook gold voor multinationals als Howson-Algraphy. De Hoge Raad oordeelde dat de ondernemingsraad onvoldoende belang had bij beantwoording van die vraag.

Diezelfde onderneming stond centraal in een enquêteprocedure naar aanleiding van een besluit tot sluiting van het productiebedrijf van de Nederlandse vennootschap Howson-Algraphy Europe te Soest, waarbij 234 werknemers betrokken waren.¹⁹³ De bezwaren van de vakorganisaties richtten zich tegen het door Howson-Algraphy Europe in de afgelopen ruim tien jaar gevoerde beleid, waarin het Group Strategic Plan 1980-1985 een belangrijke rol speelde. De Ondernemingskamer oordeelde dat de kwaliteit van de informatievoorziening van Howson-Algraphy Europe aan de werknemersvertegenwoordigers te wensen overliet en dat moedervernootschap Howson-Algraphy Ltd. aan Howson-Algraphy Europe zodanige informatie moest verschaffen als die laatste nodig had voor een behoorlijke vervulling van zijn taak, waaronder het tijdig verschaffen van duidelijke informatie aan de vakorganisaties en de ondernemingsraad. Tussen de door Howson-Algraphy Europe verschaft informatie en het Group Strategic Plan bestond een belangrijke discrepantie. In de voorgaande jaren had Howson-Algraphy Europe, ondanks concrete vragen van de werknemersvertegenwoordigers, onduidelijkheid laten bestaan over de vraag of de productie van offsetplaten te Soest zou worden voortgezet. Uit het Group Strategic Plan bleek dat de concernleiding wel degelijk het voornemen had de

192. HR 11 juli 1984, NJ 1985, 212 m.nt. Maeijer.

193. OK 29 augustus 1985, NJ 1986, 578.

productieafdeling in Soest te sluiten. De raad van commissarissen van Howson-Algraphy Europe kende dit strategisch plan, doch had daarvan nooit blijk gegeven. Het zou op zijn weg hebben gelegen om te bevorderen dat tijdig meer duidelijkheid was verschaft. De Ondernemingskamer oordeelde dat dit redenen gaf om aan een juist beleid van Howson-Algraphy Europe te twijfelen. De stelling dat het verzoek van de vakorganisaties voortijdig was gedaan omdat nog niet tot sluiting van het productiebedrijf was besloten werd verworpen, nu de bezwaren van de vakorganisaties zich richtten tegen het gevoerde beleid over de afgelopen tien jaar en niet enkel tegen het besluit tot sluiting.

De zaak Hyster en de laatste beschikking in Howson-Algraphy vormen de basis voor de leer van informatievoorziening in concernverhoudingen. Hierin wordt niet alleen de houding van partijen in het overleg over de strategie meegewogen bij het oordeel over de kwaliteit van het beleid, maar ook de bereidheid van de concernleiding om informatie te verschaffen. Die leer houdt niet in dat de leiding verplicht is inzage te verschaffen in de internationale strategie en er kan niet van haar verlangd worden dat zij het achterliggende strategisch plan aan Nederlandse werknemersvertegenwoordigers beschikbaar stelt. Wel dient zij het bestuur van de dochtervennootschap in staat te stellen aan de Nederlandse medezeggenschapsrechtelijke verplichtingen te voldoen, door het verschaffen van de informatie die daartoe benodigd is. Daartoe hoort in ieder geval het geven van inzicht in de grondslagen en de uitkomsten van strategisch onderzoek voor de Nederlandse onderneming. Wanneer het Nederlandse bestuur of de raad van commissarissen beschikt over kennis van de internationale strategie en voorzien wordt dat die leidt tot belangrijke wijzigingen voor de Nederlandse onderneming, dan dient die kennis tijdig te worden gedeeld en dient daarover – zeker nadat daarnaar concreet is gevraagd – correcte informatie te worden verschaft, op straffe van een rechterlijk oordeel van (een vermoeden van) wanbeleid.

De zaak Howson-Algraphy geeft overigens een goed zicht op het verschil tussen beleid en besluiten. De kwaliteit van het overleg is een thema dat op zichzelf evenzeer in de beroepsprocedure aan de orde kan komen. Het verschil met de enquêteprocedure is dat de vakorganisaties het beleid over een reeks van jaren aan de orde kunnen stellen, zoals ze bij Howson-Algraphy deden: de Ondernemingskamer oordeelde dat zij in hun verzoek ontvankelijk waren omdat het hun ging om een oordeel over het beleid van de afgelopen tien jaar. Zo'n periode komt in het algemeen niet bij de beoordeling van strategische besluiten aan de orde. Tussen beleid en besluiten kan overigens niet altijd een strikte scheiding worden aangebracht. Uit de hiervoor behandelde beschikkingen blijkt dat in de enquêteprocedure ook individuele strategische besluiten

HOOFDSTUK 4

centraal kunnen staan. Net zozeer kan in de beroepsprocedure het achterliggende (internationale) strategisch beleid worden meegewogen in het oordeel over een aangevochten besluit.

De zojuist behandelde zaken dateren uit de periode 1980-1985, toen Teulings sprak van een “militante” opstelling van ondernemingsraden. Het aantal uitspraken in geschillen over het beleid van buitenlandse internationale concerns lijkt nadien te zijn teruggevallen. Pas na de eeuwwisseling is hierin – bijvoorbeeld door de hierna te bespreken zaken Corus en Organon – een opleving zichtbaar. Ik zoek de verklaring daarvoor mede in de economische omstandigheden van de betreffende perioden: in tijden van financiële moeilijkheden en reorganisaties lijkt de bereidheid van werknemers groter om van hun rechtsmiddelen gebruik te maken. Dat beeld wordt bevestigd door de jurisprudentie over het gebruik van het beroepsrecht, die ik nu zal behandelen.

4.4.2 Het beroepsrecht

Bij de behandeling van de uitoefening van het advies- en beroepsrecht bij het Nederlandse (internationale) concern kwam de spanning aan de orde die ontstaat wanneer beleid wordt bepaald op het niveau van de holdingvennootschap en de uitvoering daarvan binnen de dochter plaatsvindt. Ik besprak de jurisprudentie waarin Hoge Raad en Ondernemingskamer onder omstandigheden en in sommige specifieke gevallen bereid waren door juridische structuren heen te kijken om de toepassing van de WOR te optimaliseren. In dit onderdeel stel ik de vraag of het feit dat de Nederlandse onderneming deel uitmaakt van een buitenlands internationaal concern tot grotere problemen bij de toepassing van de WOR leidt dan bij Nederlandse (internationale) concerns het geval is.

De basisgedachte achter de toepassing van het medezeggenschapsrecht in Nederland is voor buitenlandse concerns niet wezenlijk anders dan voor Nederlandse ondernemingen: het uitgangspunt is dat, ook al wordt het strategisch beleid op het niveau van de concernleiding bepaald, het bestuur van de dochtervennootschap zelf moet beslissen of – en zo ja, onder welke omstandigheden – medewerking aan dat beleid wordt verleend. Dit kwam onder meer tot uitdrukking in de uitspraak van de Ondernemingskamer in de beroepsprocedure in de zaak Fluke.

In de zaak Fluke kwam de ondernemingsraad in beroep tegen het besluit van Fluke Holland, onderdeel van het in Everett (Verenigde Staten) gevestigde concern John Fluke, een onderneming op het gebied van test- en meetapparatuur, tot sluiting van de productieafdeling te Tilburg.¹⁹⁴ Fluke Holland baseerde

194. OK 7 juli 1988, NJ 1989, 845.

dit besluit op een rapport van een strategische adviesorganisatie waarin werd aanbevolen de productie van Tilburg naar Everett over te brengen en werd geconcludeerd dat er onvoldoende mogelijkheden aanwezig waren om de productieafdeling in Tilburg als verzelfstandigde organisatie voort te zetten. Aldus zou een wereldwijde winstgroei van de organisatie als geheel worden bevorderd. De Ondernemingskamer oordeelde dat niet was gebleken of deze belangen waren afgewogen tegen de rechtmatige belangen van de werknemers van Fluke Holland bij het voortbestaan van de op zichzelf rendabele productieafdeling te Tilburg. De ondernemingsraad had terecht aangevoerd dat de ondernemer, door zich slechts te baseren op het rapport, niet had uiteengezet welke objectieve criteria tot de conclusie moesten leiden dat het toekennen van productie aan Tilburg niet mogelijk of verantwoord zou zijn.

Deze beschikking past in een reeks uitspraken waarvan de hoofdlijn is dat de dochtervennootschap zich in beginsel aan de concernstrategie heeft te houden,¹⁹⁵ maar dit concernbeleid niet per definitie een redelijk handelen van de ondernemer oplevert. Van belang is of de ondernemer de betrokken belangen op redelijke wijze heeft afgewogen, waarbij de concernstrategie wel gewicht in de schaal legt, maar niet zonder meer doorslaggevend is.¹⁹⁶ In haar jurisprudentie heeft de Ondernemingskamer duidelijk gemaakt niet onder de indruk te zijn van het argument dat het beleid (binnen het concern op hoog niveau) wordt bepaald, ook als het om buitenlandse internationale concerns gaat.

Dit laatste kwam tot uitdrukking in de zaak Wang Global.¹⁹⁷ Daarin ging het om een Nederlandse ict-onderneming op het gebied van informatie- en communicatietechnologie met 750 werknemers, die na overname van haar in de Verenigde Staten gevestigde moedervernootschap door het Getronics-concern met deze organisatie geïntegreerd werd. De ondernemingsraad vroeg een voorlopige voorziening aan de Ondernemingskamer die was gebaseerd op de stelling dat de ondernemer reeds een besluit had genomen tot integratie van de activiteiten van Wang in de Getronics-organisatie en tot transformatie van de structuur van deze geïntegreerde organisatie, zonder dat daarover het advies van de ondernemingsraad was gevraagd. Hij baseerde die stelling op het feit door de ondernemer het bedrijfsautomatiseringssysteem had ingevoerd nog voordat de aan de ondernemingsraad te gunnen termijn voor advisering was verstreken, dat geen advies was gevraagd over een daarmee samenhangende aandelenoverdracht en dat de ondernemer te kennen had gegeven dat hij de door de

195. OK 28 november 1991, NJ 1992, 201 (BAT Nederland).

196. OK 10 maart 1994, JAR 1994/74 (Nering Bögel); OK 23 oktober 1997, JAR 1997/244, OK 18 juni 1998, JAR 1998/150 (Total) en OK 13 juni 2002, JOR 2002/162 (Leaf). Zie verder Kemperink 2002, p. 158 e.v. en Verburg 2007, p. 141 e.v.

197. OK 11 november 1999, nummer 911/99 OK (niet gepubliceerd).

HOOFDSTUK 4

ondernemingsraad gestelde vraag naar de wenselijkheid van de integratie van Wang in de Nederlandse structuur van Getronics beschouwde als een gepasseerd station. Wang verweerde zich onder meer met de stelling dat het advies van de ondernemingsraad nog wel betrekking zou kunnen hebben op de verschillende modaliteiten van de integratie en transformatie, maar dat het principiële uitgangspunt dat er geïntegreerd en getransformeerd diende te worden al door de concernleiding was bepaald. De Ondernemingskamer overwoog (r.o. 2.4): “In dit verband verdient opmerking dat het aan de ondernemingsraad toekomende adviesrecht ingevolge artikel 25 WOR niet alleen betrekking heeft op de modaliteiten van het te nemen besluit, maar ook op de vraag of een besluit als waar het hier om gaat als zodanig genomen dient te worden.” De Ondernemingskamer laat hier dus nadrukkelijk ruimte voor advisering door de ondernemingsraad over het strategische besluit als zodanig en bevestigt dat dit adviesrecht niet kan worden beperkt tot de uitvoering daarvan.

Duk wijst erop dat in die beschikking niet de conclusie werd getrokken dat het adviesrecht zich mede uitstrekt tot het besluit tot integratie, voor zover dat buiten Nederland effect sorteerde.¹⁹⁸ Hij leidt daaruit af dat het advies- en beroepsrecht van een ondernemingsraad die betrokken is bij een Nederlandse onderdeel van een meer omvattend besluit van weinig betekenis is. Wanneer de overige onderdelen van het besluit in beroep onaangetast blijven, dan is een eigen budget of de integratie in de Nederlandse delen van het concern in beginsel het laatste stukje van de legpuzzel, als gevolg waarvan weinig ruimte voor variatie of invloed bestaat. Dit probleem speelt volgens Duk ook in andere situaties. Besluit een concern bijvoorbeeld tot verkoop van een bepaalde divisie, dan is het weinig geloofwaardig als de tot die divisie behorende ondernemingen buiten Nederland zonder meer verkocht en overgedragen kunnen worden, maar verkoop van de Nederlandse onderneming opgehouden moet worden totdat het adviestraject over de verkoop daarvan goed doorlopen is.

Ik meen dat deze opvatting van Duk niet overeenstemt met de bedoeling van de wetgever en de jurisprudentie van Hoge Raad en Ondernemingskamer. De wetgever heeft zich bij de introductie van het advies- en beroepsrecht zeer wel gerealiseerd dat hiermee een in internationaal verband gezien uniek systeem tot stand kwam.¹⁹⁹ Hij overwoog dat deze regeling geen schade veroorzaakte aan het vestigingsklimaat van Nederland, zodat de vraag naar de geloofwaardigheid van een in een buitenlands internationaal concern genomen besluit, dat in Nederland wordt opgehouden, daarmee beantwoord is. Indien de adviesprocedure jegens de ondernemingsraad niet correct is doorlopen, heeft ook de

198. Duk 2002, p. 11.

199. Zie hoofdstuk 3, nr. 2.3 en 2.4.

concernleiding van een buitenlandse internationale groep, langs de band van het Nederlandse bedrijfsonderdeel, te accepteren dat de uitvoering van het beleid stagneert en wellicht op min of meer wezenlijke punten moet worden gewijzigd. De zaak Wang Global is daarvan een illustratie, evenals de uitspraak in de kwestie Nedlin.²⁰⁰

In de zaak Nedlin ging het om een beroepsprocedure van de ondernemingsraad van Nedlin Groep B.V. tegen het besluit tot overdracht van de zeggenschap van CEC Nederland B.V. over Nedlin en zijn dochtervennootschappen aan Rentokil Initial Plc. Dit besluit maakte deel uit van een omvangrijkere transactie die strekte tot de overdracht van de volledige textielverhuuractiviteiten van Compagnie Générale de Chauffe aan Rentokil. De Ondernemingskamer overwoog dat het enkele feit dat de leiding van een concern heeft besloten tot de overdracht van bevoegdheden over onderscheidende concernondernemingen niet tot gevolg heeft dat het op ondernemingsniveau uitvoering geven aan dat besluit per definitie als redelijk handelen van de leiding van de onderneming moet worden beschouwd. De ondernemer dient bij de besluitvorming zelfstandig de betrokken belangen op redelijke wijze af te wegen. De concernstrategie legt, tenzij deze gebaseerd zou zijn op een onredelijke afweging tussen het algemeen concernbelang en het meer specifieke belang van de onderneming, daarbij gewicht in de schaal, maar niet per definitie het doorslaggevende. De Ondernemingskamer concludeerde hier dat de ondernemer in zijn adviesaanvraag de gevolgen van de beoogde transactie onvoldoende uiteengezet had en onvoldoende gemotiveerd antwoord had gegeven op de door de ondernemingsraad gestelde vragen. Aan de ondernemer werd daarom de verplichting opgelegd om het besluit in zijn geheel in te trekken.

In zijn bespreking van deze zaak wijst Verburg²⁰¹ erop dat bij Nedlin in Nederland 500 werknemers werkzaam waren. Deze onderneming vormde onderdeel van de Franse energiegroep Compagnie Générale de Chauffe, die op haar beurt deel uitmaakte van het Franse concern Compagnie Générale des Eaux, een wereldwijd opererende groep die zich richtte op milieu- en textielactiviteiten. De Franse textielondernemingen omvatten 2000 werknemers, aanzienlijk groter dan het Nedlin-belang. Het voorgenomen besluit betrof de afstoting van de textielactiviteiten van Compagnie Générale de Chauffe vanwege de concentratie op de kernactiviteiten van de groep. De ondernemingsraad richtte zich niet tegen verkoop als zodanig, maar wist een alternatieve koper aan te dragen, Rentex, die waarschijnlijk voor de werkgelegenheid van de Nedlin-werknemers een gunstiger scenario in gedachten had. Dat alternatief was voor

200. OK 23 oktober 1997, JAR 1997/244. Dit voorbeeld wordt overigens ook door Duk genoemd (Duk 2002, p. 12).

201. Verburg 1998.

HOOFDSTUK 4

de ondernemer onbespreekbaar, nu op hoger niveau in het concern de eis was gesteld dat alle textielactiviteiten door de koper tezamen zouden moeten worden overgenomen.²⁰² Verburg meent dat er diverse goede redenen kunnen zijn voor een voorkeur voor verkoop van alle activiteiten aan één koper (prijsstelling, moeilijkere verkoopbaarheid van bepaalde onderdelen, complexiteit van de transactie en beschikbare managementtijd, maximalisering synergie-effecten, werkgelegenheid), maar dat in deze zaak niet duidelijk werd welke redenen de boventoon voerden en dat dit waarschijnlijk heeft geleid tot de voor het concern ongunstige uitslag van de procedure.

Een goed voorbeeld van een tekortschietende eigen afweging van de Nederlandse bestuurder kan worden gevonden in de uitspraak over Watts Industries, een multinationale groep van ondernemingen gericht op fabricage en verkoop van kranen en ventielen.²⁰³ De ondernemingsraad kwam in beroep tegen, kort samengevat, het besluit tot verplaatsing van de productie van Nederland naar Frankrijk en stelde dat het bestuur van de Nederlandse vennootschap de concernstrategie vrijwel kritiekloos implementeerde. De Ondernemingskamer stelde vast dat in de adviesaanvraag slechts omzet- en winstgegevens op Europees niveau werden genoemd. Voorts vermeldde de adviesaanvraag niet welke rol de Nederlandse vennootschap zelf in de totstandkoming van het besluit had gespeeld, laat staan dat duidelijk werd op welke wijze zij haar belangen had afgewogen tegen die van het concern als geheel. Deze zelfstandige belangenafweging was niet alleen medezeggenschapsrechtelijk vereist, maar had ook voor de hand gelegen, nu recent was besloten juist een deel van de productie weer naar Nederland te halen en dat het besluit de productie te beëindigen gevolgen had voor de kans op behoud van de resterende activiteiten in Nederland. Door het gebrek aan een kenbare belangenafweging door de ondernemer was aannemelijk dat het besluit door de concernleiding was genomen en dat het advies van de ondernemingsraad niet van wezenlijke invloed kon zijn. Het besluit was daarom niet in redelijkheid genomen.

Het principiële karakter van de lijn in de jurisprudentie dat het concernbelang niet altijd doorslaggevend is, laat dus ruimte voor afwijking van de internationale groepsstrategie op Nederlands niveau. Uit die jurisprudentie blijkt wel – zo ben ik met Duk eens – dat het om uitzonderingsgevallen gaat: de ondernemingsraad heeft in beginsel mogelijkheden om invloed uit te oefenen, maar de internationale context maakt het moeilijker deze te benutten. Dit uitzonderingskarakter van de afwijking van internationaal concernbeleid vormt de eerste van

202. Deze feiten zijn niet in de uitspraak zelf te lezen en door Verburg samengevat.

203. OK 9 juli 2013, ARO 2013/141.

drie beperkingen die ik zie wanneer de ondernemingsraad invloed wil uitoefenen op het beleid van buitenlandse internationale concerns: het concernbelang is weliswaar niet doorslaggevend, maar de ondernemingsraad moet met zwaarwegende argumenten komen om het door de concernleiding uitgezette beleid te doorkruisen. De tweede beperking is dat zich in internationaal verband bewegingen kunnen voordoen die indirect inwerken op de Nederlandse onderneming, maar niet kunnen worden gezien als besluiten die haar rechtstreeks raken. Daardoor vallen dergelijke besluiten van de internationale concernleiding niet onder het adviesrecht van de ondernemingsraad. Een derde beperking kan ontstaan bij besluitvorming door de internationale leiding die niet onmiddellijk past in een duidelijke, vooraf bepaalde concernstrategie maar die wel enige mate van invloed heeft op de onderneming in Nederland. In dergelijke situaties lijkt het internationale karakter van die individuele besluiten de rechter soms te nopen tot terughoudendheid bij de beoordeling van de vraag of dat besluit als kennelijk onredelijk moet worden gekwalificeerd. Ik zal deze drie beperkingen nu toelichten.

De eerste beperking: het uitzonderingskarakter van mogelijke afwijking van internationaal concernbeleid

In de zaak Nering Bögel²⁰⁴ ging het om een onderneming op het gebied van watergeleiding en waterbehandeling waarbij 67 werknemers in dienst waren. Nering Bögel maakte deel uit van het internationale concern Freedrain, dat besloten had tot concentratie van in het concern verrichte kernactiviteiten bij bepaalde dochtermaatschappijen. De Ondernemingskamer overwoog dat, hoewel kritiek kon worden geuit op de medezeggenschapsstructuur binnen het concern (het besluit tot wijziging van de concernstrategie was aan geen enkele ondernemingsraad voor advies voorgelegd), niet gebleken was dat het standpunt van de ondernemer onredelijk was. Over de bedrijfseconomische effecten van de strategie kon van mening worden verschild en de door de ondernemingsraad aangevoerde tegenargumenten bleken onvoldoende overtuigend. De Ondernemingskamer besliste dat het feit dat wordt meegewogen dat het om implementatie van het concernbeleid gaat, met zich meebrengt dat de argumenten van de raad om een besluit niet te nemen wel het nodige gewicht moeten hebben. Ook de uitspraken inzake Total²⁰⁵ en RBV Leaf²⁰⁶ zijn aanwijzingen voor de juistheid van de veronderstelling dat het bij een afwijking van het concernbeleid om uitzonderingsgevallen moet gaan. In beide kwesties ging het om een besluit tot overplaatsing van de activiteiten van op zichzelf goed renderende ondernemingen.

204. OK 10 maart 1994, JAR 1994/74.

205. OK 18 juni 1998, JAR 1998/150.

206. OK 13 juni 2002, JOR 2002/162.

HOOFDSTUK 4

In de zaak Total oordeelde de Ondernemingskamer dat op zichzelf juist is dat een gunstige financiële positie van een onderneming meer ruimte biedt voor honorering van werknemersbelangen, hetgeen tot uitdrukking zal moeten komen in de voorwaarden van een sociaal plan. In de zaak Leaf accepteerde de Ondernemingskamer de strategische argumentatie van een besluit tot overname van de productie van kauwgom van de op zichzelf rendabele Amsterdamse vestiging naar een nieuwe productielocatie in Sneek. Die locatie werd onderwerp van een latere procedure over een (vermeend) besluit tot duurzame samenwerking.²⁰⁷ De aandelen van Leaf Holland in Sneek, een onderneming op het gebied van kauwgom en snoepwaren met 140 werknemers, werden gehouden door Leaf International. Leaf International overwoog om de productieactiviteiten van zijn Finse dochtervennootschap te staken en had onderzoek gedaan naar de mogelijkheden om deze te verplaatsen naar Leaf Holland. In een later stadium werd aan de werknemers bekendgemaakt dat Leaf International overwoog om de productie van Finland uit te besteden aan de Deense onderneming Gamlink. De ondernemingsraad kwam tegen dit voornemen in beroep en stelde zich onder meer op het standpunt dat Leaf International en Leaf Holland als medeondernemer voor de toepassing van de WOR moesten worden gezien. De Ondernemingskamer overwoog dat, voor zover al sprake zou zijn van enig besluit, dit slechts betrekking had op de productie van voor de Finse markt vervaardigde kauwgomsoorten. Hierdoor kon geen sprake zijn van een samenwerking tussen Leaf Holland en Gumlink en kon niet worden geconcludeerd dat een eventuele samenwerking betrekking had op de onderneming die door Leaf Holland of Leaf International in stand werd gehouden. Deze zaak illustreert tevens de tweede beperking die zich bij het advies- en beroepsrecht bij buitenlandse internationale concerns kan voordoen.

De tweede beperking: internationale besluiten die indirect inwerken op de Nederlandse onderneming, maar die niet kunnen worden gezien als besluiten die haar rechtstreeks raken

Sommige besluiten van de leiding van een buitenlands internationaal concern kunnen tot de conclusie leiden dat deze de Nederlandse onderneming in het geheel niet raken, dan wel dat van toerekening of medeondernemerschap geen sprake kan zijn omdat (los van de vraag naar stelselmatige invloed) de Nederlandse onderneming niet, of in onvoldoende mate, daarbij betrokken is. Dit probleem wordt goed zichtbaar in de zaken Honeywell en Packard Bell.

Honeywell²⁰⁸ was onderdeel van een wereldwijd opererend concern op het terrein van meet- en regelapparatuur, geleid vanuit de Verenigde Staten. Het

207. OK 8 juni 2006, ARO 2006, 112.

208. OK 17 januari 2008, ARO 2008, 36.

bestuur van Honeywell, waar 400 mensen werkten, rapporteerde aan het in Zwitserland gevestigde Europese management van de groep, waarvoor op Europees niveau een Europese ondernemingsraad was ingesteld. Het bestuur en de ondernemingsraad van de onderneming van Honeywell in Emmen hadden een intentieverklaring getekend over de toekomst en de werkgelegenheid van de onderneming. Op een later moment werd aan de ondernemingsraad medegedeeld dat besloten was om twee nieuwe productopstellingen bij de vestiging van Honeywell in Tsjechië te plaatsen. De Ondernemingskamer volgde Honeywell in zijn verweer tegen het door de raad ingestelde beroep tegen dit besluit, dat het besluit tot plaatsing in Tsjechië was genomen door het Europese management van Honeywell en de Nederlandse onderneming daarbij niet betrokken was geweest. Daaruit volgde dat niet was gebleken dat het bestuur van Honeywell in Nederland zelf het besluit tot plaatsing van de productieopstellingen in Tsjechië had genomen of mede had genomen. Het besluit had immers betrekking op de in Tsjechië gevestigde onderneming van het concern, die geen deel uitmaakte van de onderneming in Nederland. Ik acht niet uitgesloten dat de ondernemingsraad gelijk heeft gehad in zijn vermoeden dat plaatsing van de productieopstellingen in Tsjechië (op termijn) zou kunnen leiden tot een mogelijk belangrijke inkrimping van de werkzaamheden van de Nederlandse onderneming. Medezeggenschapsrechtelijk is dit vermoeden niet relevant. Ook al zou een dergelijk besluit indirect invloed hebben op de activiteiten van de Nederlandse onderneming, dan was dit alsnog niet aantastbaar, nu de Nederlandse onderneming niet bij de besluitvorming betrokken was en deze evenmin rechtstreeks daardoor werd geraakt. Hier stuit het Nederlandse medezeggenschapsrecht dus op de grenzen van (de territoriale werking van) de WOR. Deze grenzen worden ook zichtbaar in de zaak Packard Bell.²⁰⁹

Packard Bell was een concern dat zich richtte op de productie en verkoop van computers in de Europese markt met vestigingen in verschillende landen, waaronder Nederland (90 werknemers) en het hoofdkantoor in Frankrijk (410 werknemers). In 2006 waren de aandelen in Packard Bell B.V. verkocht en overgedragen aan de Luxemburgse vennootschap Packard Bell Holding Company S.A.R.L. (hierna: “de holding”) en hield de in Hong Kong gevestigde vennootschap Clifford 75% van de aandelen in de holding. De heer Hui was enig aandeelhouder in het kapitaal van Clifford. Aan de ondernemingsraad van Packard Bell werd in 2007 advies gevraagd over het voornemen tot overdracht door Clifford van de aandelen in de holding aan Lenovo Plc. Deze adviesaanvraag werd nadien ingetrokken en vervangen door een adviesaanvraag over het voornemen tot overdracht van de aandelen aan Gateway. Tussen ondernemer en

209. OK 9 januari 2008, ARO 2008, 35 en OK 19 februari 2008, ARO 2008, 73 m.nt. Sprengers in Sociaal Recht 2008 – 6. Zie ook Rechtbank Arnhem (Voorzieningenrechter) 29 november 2007, JAR 2008/31.

HOOFDSTUK 4

ondernemingsraad ontstond een geschil over de reikwijdte van de adviesaanvraag, waarbij de raad zich – kort samengevat – op het standpunt stelde dat een besluit was genomen tot (voorwaardelijke) overdracht van de zeggenschap aan Gateway, zonder daarover eerst advies aan de ondernemingsraad te vragen. Volgens de raad had Hui als medeondernemer te gelden en impliceerde de overdracht van de zeggenschap over de holding tevens de overdracht van de zeggenschap over Packard Bell.

Deze stelling werd door de Ondernemingskamer verworpen. Zij stelde voorop dat dit besluit betrekking had op het vervreemden van de door Clifford gehouden aandelen in de holding en zich dus afspeelde op het niveau van de “grootmoedervereniging” van Packard Bell. De Ondernemingskamer herhaalde dat bij de beantwoording van de vraag of dit besluit te gelden had als een besluit van Packard Bell en of Hui als medeondernemer kon worden beschouwd, niet alleen de relatie waarin Packard Bell tot Hui en Clifford stond bepalend was, maar ook de aard van het besluit en de omstandigheden van het geval. De kamer overwoog dat onvoldoende was gebleken dat Hui of Clifford bij het besluit jegens Packard Bell een positie innam die een van hen stelselmatig een zodanige invloed op besluitvorming binnen Packard Bell verschafte, dat gezegd kon worden dat de onderneming van Packard Bell mede door Hui of Clifford in stand werd gehouden. De omstandigheden dat Hui enig aandeelhouder in het kapitaal van Clifford was, dat Clifford de volledige zeggenschap in de holding had en dat Hui een functie vervulde bij de holding en commissaris was van Packard Bell, waren daarvoor niet zonder meer voldoende. Voorts had de ondernemingsraad onvoldoende toegelicht dat het besluit rechtstreeks en onmiddellijk ingreep in de organisatie of het beleid binnen de onderneming van Packard Bell. Niet aannemelijk was geworden dat enig relevant belang van Packard Bell in Nederland werd getroffen door het besluit en evenmin dat anderszins rechtstreeks effect op die onderneming in Nederland optrad.

Deze beschikking werd gevolgd door een tweede procedure bij de Ondernemingskamer, waarin de vraag centraal stond hoe ver het adviesrecht van de ondernemingsraad reikte: tot de overdracht als zodanig of uitsluitend tot de gevolgen voor de Nederlandse onderneming. De Ondernemingskamer overwoog dat de bewoording van de adviesaanvraag ruimte liet voor de uitleg van de ondernemingsraad dat advies was gevraagd over de overdracht van zeggenschap, maar dat alle daarop volgende correspondentie van de ondernemer er geen misverstand over liet bestaan dat uitsluitend advies was gevraagd over uitvoeringsgevolgen van die voorgenomen overdracht voor de onderneming in Nederland. De ondernemingsraad kon redelijkerwijs niet hebben begrepen dat het besluit tot overdracht van de aandelen in de grootmoedervereniging als zodanig aan hem ter advisering was voorgelegd. Dat zou, gelet op het

vennootschappelijke niveau waarop de verkoop en overdracht zich afspeelde, ook niet gebruikelijk zijn geweest. Aan de ondernemingsraad van de (klein-dochter)vennootschap komt in beginsel geen adviesrecht toe over de overdracht van aandelen in de grootmoeder. Dat zou anders kunnen liggen bij puur gekunstelde constructies, maar daarvan was in deze zaak niet gebleken. De ondernemer had voorts in het adviestraject toegezegd dat na de overdracht aan Gateway gedurende achttien maanden een standstill zou worden gehandhaafd en dat het sociaal plan zou worden verlengd. Nu vaststond dat de overdracht niet ingreep in de onderneming in Nederland, kon de ondernemer hiermee volstaan.

Uit deze twee beschikkingen in de zaak Packard Bell blijkt weer het belang dat de Ondernemingskamer hecht aan de aard van het besluit, wil zij tot de conclusie komen dat de ondernemingsraad daarop invloed kan uitoefenen. Als een besluit op hoger (internationaal) niveau is genomen en geen merkbare effecten heeft op de onderneming in Nederland, komt het adviesrecht in beginsel niet aan de orde. Dat is zelfs zo wanneer sprake is van de aanwezigheid van één persoon (zoals de heer Hui) op verschillende beslissingsniveaus in het concern: deze omstandigheid is op zichzelf onvoldoende om tot medeondernemerschap te concluderen. De ondernemingsraad kan in dergelijke gevallen wel een adviesrecht toekomen over de uitvoering van het besluit, maar dit bewerkstelligt niet dat hij het strategische besluit zelf kan beïnvloeden.

Deze lijn in de jurisprudentie van de Ondernemingskamer betekent overigens niet dat de ondernemingsraad in alle gevallen waarin sprake is van internationale strategische besluitvorming met lege handen staat. De zaak VLM Airlines is van dat laatste een voorbeeld.²¹⁰

In die zaak ging het onder meer om een besluit van VLM België, een onderneming op het terrein van de luchtvaart en onderdeel van de Air France/KLM-groep, tot wijziging van de statuten van haar directe dochtervennootschap VLM Nederland. De wijziging hield in dat de naam van die laatste vennootschap zou worden gewijzigd naar VLM Airlines Personeelsbeheer Nederland B.V. en het doel van de vennootschap zou worden gewijzigd naar een personeelsvennootschap voor VLM België. De Ondernemingskamer oordeelde dat, nu VLM België enig aandeelhoudster en bestuurder van VLM Nederland was en dat VLM Nederland in haar nieuwe bedrijfsmodel slechts werkzaamheden verrichtte voor concernvennootschappen, zodat zij daarvan financieel afhankelijk was, moest worden geoordeeld dat VLM België als

210. OK 14 oktober 2010, ARO 2010, 166 m.nt. Van het Kaar in TRA afl. 2 – februari 2011 (VLM I). Het cassatieberoep tegen dit oordeel werd door de Hoge Raad verworpen (HR 3 februari 2012, ARO 2012/23).

HOOFDSTUK 4

medeondernemer van VLM Nederland kon worden beschouwd. De Ondernemingskamer had hier relatief weinig woorden nodig om tot medeondernemerschap te concluderen, omdat zij zich niet liet overtuigen door het verweer van de ondernemer dat de statutenwijziging in wezen een bevestiging was van de al langer bestaande feitelijke situatie en vond dat het besluit een directe invloed had op de onderneming in Nederland.

Dat veranderde in de beschikking VLM II.²¹¹ De ondernemingsraad betrok naast VLM Nederland en VLM België nu ook de Ierse moedervennootschap CityJet als medeondernemer in een beroepsprocedure gericht op het besluit tot het stopzetten van de route Eindhoven – London City en het opheffen van de basis Eindhoven voor activiteiten van VLM en verzocht tot het treffen van voorlopige voorzieningen, mede betrekking hebbend op het besluit de vlieg-rechten (*slots*) op Eindhoven te verhandelen. De Ondernemingskamer verwierp het onbevoegdheidsverweer van CityJet als buitenlandse vennootschap. Zij overwoog dat het beroep op artikel 26 WOR moet worden beschouwd als een geschil over een interne aangelegenheid van een in Nederland in stand gehouden onderneming als bedoeld in de WOR en een dergelijk geschil niet worden aangemerkt als een burgerlijke of handelszaak als bedoeld in artikel 1 lid 1 EEX-Verordening. Een andersluidende opvatting zou meebrengen, dat het stelsel van artikel 25 en 26 WOR in de – frequent voorkomende – gevallen waarin een buitenlandse rechtspersoon de betrokken ondernemer of medeondernemer in de zin van artikel 1 lid 1 aanhef en onder d WOR is, niet voldoende tot zijn recht zou komen. Overigens was dit ook in overeenstemming met de in artikel 5 aanhef en onder 5 EEX-Verordening neergelegde regel dat een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat over een geschil betreffende de exploitatie van een filiaal, van een agentschap of enige andere vestiging, kan worden opgeroepen in een andere lidstaat voor het gerecht van de plaats waar zij gelegen zijn.

Het beroep op medeondernemerschap van CityJet werd door de Ondernemingskamer gepasseerd, onder meer nu zij oordeelde dat het besluit van VLM Nederland niet onredelijk was. In feite had de ondernemingsraad de kern van de redengeving van het besluit en van het verweer – de route Eindhoven-Londen City is structureel verlieslatend – niet (behoorlijk gemotiveerd) bestreden. Dat VLM Nederland als geheel winst zou maken, zoals de ondernemingsraad stelde, betekende niet, dat het staken van onrendabele activiteiten onredelijk zou zijn. Dat de in de groep bestaande constructie (*wet lease*) meebracht dat CityJet of VLM Airlines de verliezen op de exploitatie van de route Eindhoven – Londen City voor hun rekening namen maakte dit niet anders. Het ging hier niet om de verliezen van VLM Nederland maar van het uitvoeren van de betrokken vluchten.

211. OK 4 december 2012, ARO 2013/22.

Bovendien betekende de omstandigheid dat als gevolg van de *wetlease*constructie het verlies op de exploitatie van de route geheel of grotendeels ten laste kwam van Cityjet of VLM Airlines niet dat dit verlies slechts een beperkte rol kon spelen bij het besluit tot beëindiging van de route. De ondernemingsraad had nog opgemerkt dat VLM Nederland in weerwil van de vorige beschikking van de Ondernemingskamer (VLM I) volledig was uitgekleeft en inderdaad een personeelsuitleenonderneming geworden was. VLM bestreed dat zij in strijd met voormelde beschikking had gehandeld en partijen waren het er volgens de Ondernemingskamer over eens, dat de rol van VLM Nederland zich inmiddels beperkte tot het inzetten van personeel. Die situatie was ook uitgangspunt bij de adviesprocedure en de besluitvorming. De ondernemingsraad had verder niet toegelicht wat de betekenis van de vorige beschikking VLM I voor de huidige situatie was en deze stelling werd verworpen.

De derde beperking: rechterlijke terughoudendheid bij toetsing van individuele besluiten met een internationaal karakter, die niet onmiddellijk passen in een vooraf omschreven strategisch beleid

In het voorgaande heb ik de beperking op de medezeggenschap binnen buitenlandse internationale concerns behandeld, die bestaat uit het vereiste dat de ondernemingsraad zwaarwegende omstandigheden moet aanvoeren om afwijking van het internationale concernbeleid mogelijk te maken en dat hij daarnaast moet aantonen dat de door hem aangevochten besluitvorming direct ingrijpt in de onderneming in Nederland. Ik beschrijf nu situaties waarin een duidelijke strategie leek te ontbreken of (nog) niet was geformuleerd.

In de zaak VNU Publitec,²¹² een onderdeel van het internationale uitgeefconcern VNU World Directories Inc., waren vier besluiten onderwerp van een geschil tussen ondernemer en ondernemingsraad bij de Ondernemingskamer. Deze besluiten leidden uiteindelijk tot een verlies van 27 van de 61 arbeidsplaatsen. Hier relevant is de beoordeling van het besluit tot het geven van een adviesopdracht aan Boer & Croon om een evaluatie op te stellen van de IT-strategie van VNU World Directories Inc. en de rol van VNU Publitec daarin. De ondernemingsraad stelde dat de Ondernemingskamer oordeelde dat vaststond dat de adviesopdracht was gegeven door VNU World Directories Inc. en dat enige grondslag voor toerekening van dit besluit aan VNU Publitec ontbrak. VNU Publitec had gesteld dat de adviesopdracht betrekking had op de wereldwijde onderneming van VNU World Directories Inc. (met vestigingen in Nederland, België, Ierland, Portugal, Roemenië, Zuid-Afrika en Puerto Rico). Nu het advies betrekking had op de mondiale IT-structuur van VNU World Directories Inc., was er geen plaats voor toerekening van dit besluit aan lager in

212. OK 15 april 2004, ARO 2004, 63 m.nt. Sprengers in Sociaal Recht 2004-10.

HOOFDSTUK 4

het concern gesitueerde ondernemingen. Bovendien bestond onvoldoende rechtstreeks verband tussen de adviesopdracht en de in artikel 25 WOR bedoelde adviesplichtige besluiten. De evaluatie van Boer & Croon leidde in deze zaak tot de aanbeveling over te gaan tot outsourcing van activiteiten, die door VNU World Directories Inc. zou worden opgevolgd en dus (indirect) effect zou krijgen op de in Nederland gevestigde onderneming. Dat bracht de Ondernemingskamer niettemin niet tot een ander oordeel, gezien het mondiale karakter van de evaluatie. Deze outsourcing verkeerde volgens de kamer niet in een zodanig stadium dat kon worden gesproken van een voorgenomen besluit van VNU Publitec, doch hoogstens van een strategische keuze van VNU World Directories Inc. die was gebaseerd op een aanbeveling van Boer & Croon. De door de Ondernemingskamer gebruikte term “strategische keuze” impliceert volgens mij dat zij niet dacht aan een vastgesteld strategisch beleid, waarbij het concernbelang tegen het belang van de Nederlandse onderneming moest worden afgewogen, maar van een opzichzelfstaande strategische keuze met een internationaal karakter, waaraan in de Nederlandse onderneming niet de status van (voorgenomen) besluit kon worden toegekend.

In de zaak SSH stond eveneens een transactie centraal die niet zozeer het gevolg was van een vooraf uitgezet beleid, maar de consequentie was van een door de Europese Commissie gestelde voorwaarde.²¹³ Security Services Holding (SSH) behoorde tot een internationale groep van vennootschappen die beveiligingsactiviteiten ontplooiden. De Engelse houdstervennootschap van de groep, G4S, was tot stand gekomen door een fusie van een Deense en een Engelse vennootschap. Deze fusie was destijds door de Europese Commissie goedgekeurd op voorwaarde dat de fuserende partijen een aantal activiteiten zouden afstoten, waaronder de bemande bewakingsdiensten in Nederland. SSH was opgericht om uitvoering te kunnen geven aan de door de Europese Commissie gestelde voorwaarden en de verkoop vond plaats op basis van een veilingprocedure, waarbij de ondernemingsraad bij iedere fase van de procedure werd betrokken. Uiteindelijk ging de voorkeur van de ondernemer uit naar Facilicom, een directe concurrent van SSH, terwijl de ondernemingsraad twee andere overnamekandidaten prefereerde. Het verzet van de raad tegen de keuze voor Facilicom slaagde niet. De Ondernemingskamer oordeelde dat de ondernemer de adviesprocedure zorgvuldig had doorlopen. Zij woog daarin onder meer mee dat voor het doorgaan van de beoogde transactie niet slechts de beoogde contractpartijen hun fiat moesten geven, maar ook de Europese Commissie. Gelet op de ook voor de ondernemingsraad kenbare tijdsdruk die op het adviestraject lag en de dwingende tijdsdruk die de Europese Commissie G4S had gesteld, kon niet worden gezegd dat SSH de ondernemingsraad te weinig tijd had gegund om tot een advies te komen. In deze zaak heeft de

213. OK 20 oktober 2005, ARO 2005, 191 m.nt. Sprengers in Sociaal Recht 2006-3.

Ondernemingskamer – in mijn ogen terecht – een grote waarde toegekend aan het gegeven dat de transactie vanwege de voorwaarden vanuit de Europese Commissie noodzakelijk was en het tijdsverloop mede als gevolg van die voorwaarden kort moest zijn. Deze van buiten het concern gestelde, internationale voorwaarden maakten dat de ondernemingsraad niet in zijn negatieve advies werd gevolgd.

4.4.3 De structuurregeling

De spanning tussen het strategisch beleid van het buitenlandse internationale concern en de belangen van de Nederlandse onderneming komt scherp aan het licht wanneer de concerndochter een structuurvennootschap is. Die scherpte ontstaat door de goedkeuringsbevoegdheid die de raad van commissarissen in de regel bij belangrijke strategische besluiten heeft. Die goedkeuringsbevoegdheid was in 2003 inzet van het veelbesproken conflict rondom Corus Nederland, onderdeel van Corus Group Plc. uit het Verenigd Koninkrijk.²¹⁴ Aan de orde was het besluit van het bestuur van Corus Nederland van 10 maart 2003 om de aluminiumactiviteiten te verkopen aan Pechiney. Dit besluit, dat nog goedkeuring van de raad van commissarissen behoeft, vloeide voort uit een wijziging van de internationale concernstrategie, waarbij was afgestapt van een *multi-metal*-strategie en het Corus-concern zich was gaan toeleggen op de staalproductie. Die strategiewijziging was tot stand gekomen zonder wezenlijke betrokkenheid van Corus Nederland.

Toen de raad van commissarissen weigerde goedkeuring aan dit besluit te verlenen en de ondernemingsraad had laten weten een beroepsprocedure op grond van artikel 26 WOR te zullen voeren, diende de concernleiding een verzoek in tot het houden van een enquête, waarin onder meer bij onmiddellijke voorziening werd gevraagd om schorsing van de meerderheid van de leden van de raad van commissarissen, althans anderszins te beslissen dat het bestuur van Corus Nederland kon besluiten de aluminiumactiviteit van Corus Nederland te verkopen aan Pechiney. Daarnaast werd verzocht de ondernemingsraad te veroordelen om te kennen te geven dat Corus Nederland niet gehouden was de uitvoering van haar besluit tot het tekenen van de koopovereenkomst op te schorten of, in afwijking van de wet, te bepalen dat Corus Nederland het besluit mocht uitvoeren.

In haar beschikking oordeelde de Ondernemingskamer dat het tot de taken van de raad van commissarissen van een tot een groep behorende vennootschap (en meer in het bijzonder van een structuurvennootschap) behoort om, meer dan het

214. OK 13 maart 2003, JOR 2003/85 m.nt. Van den Ingh. Zie Holtzer 2010a voor een literatuuroverzicht van commentaren op deze beschikking.

HOOFDSTUK 4

een bestuur van een vennootschap vrij staat, aandacht te schenken aan de vraag of de belangen van de vennootschap door de concernleiding voldoende in de beschouwing zijn betrokken en of de getroffen maatregelen adequaat zijn. De raad mag niet zonder meer een beleid voeren dat geen rekening houdt met de concernstrategie. Hij heeft onder omstandigheden te aanvaarden dat het belang van de vennootschap waarbij hij is ingesteld wordt achtergesteld bij het belang van het concern als geheel. Anderzijds staat het de concernleiding niet vrij om steeds de belangen van de vennootschap in het concern achter te stellen bij wat zij ziet als het belang van het concern.

De Ondernemingskamer oordeelde voorts dat het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen moest worden afgewezen. Daarbij legde het gegeven dat het bestuur van Corus Nederland nauwelijks betrokken was geweest bij de concernstrategie een zwaar gewicht in de schaal, evenals dat zowel de raad van commissarissen als het bestuur van Corus Nederland nauwelijks bij de transactie met Pechiney zelf betrokken was. Voorts was van belang dat de opbrengst van de transactie mede moest worden aangewend voor herfinanciering van het Corus-concern, die niet los was te zien van de verliezen op de in het Verenigd Koninkrijk uitgevoerde activiteiten.

In zijn terugblik op de Corus-zaak wijst Hijmans van den Bergh op de lastige positie waarin het bestuur zich bevond.²¹⁵ Enerzijds maakte het deel uit van de managementstructuur van de groep en was daardoor zijn bewegingsvrijheid beperkt. Bovendien gold het bestuur als vertegenwoordiger van de ondernemer in de zin van de WOR jegens de ondernemingsraad en moest het in die hoedanigheid het groepsstandpunt uitdragen. Anderzijds was het zich bewust van zijn eigen verantwoordelijkheid als bestuur van een Nederlandse vennootschap. Die taak werd bemoeilijkt nu de raad van commissarissen zich op het standpunt had gesteld dat de continuïteit van Corus Nederland na de verkoop van de aluminiumactiviteiten in het gedrang zou komen. Volgens Hijmans van den Bergh zijn drie criteria van belang bij de beoordeling door de Nederlandse dochter van een door de concernleiding gewenst beleid:

- (1) Is sprake van een geïntegreerd concern?
- (2) Valt het door de concernleiding gewenste besluit binnen een consistente, op goede gronden gebaseerde en door de leiding deugdelijk intern en extern uitgedragen strategie?
- (3) Zijn de financiële gevolgen van het door de concernleiding gewenste besluit, mede in aanmerking genomen de eventuele financiële tegenprestaties binnen concernverband, zodanig dat daardoor de financiële positie van de vennootschap, op korte en op langere termijn, niet in gevaar komt?

215. Hijmans van den Bergh 2008, p. 113.

Indien aan deze criteria wordt voldaan zou, behoudens zwaarwichtige andere redenen, van het bestuur en de raad van commissarissen van de dochtervennootschap verwacht mogen worden dat zij met de wens van de concernleiding instemmen.

Deze criteria kunnen mijns inziens handvatten bieden in de weging van het concernbeleid. Ik merk daarbij op dat Hijmans van den Bergh weinig aandacht heeft voor de betrokkenheid van het Nederlandse bestuur en de raad van commissarissen bij de totstandkoming van de concernstrategie. Die betrokkenheid speelde in de beschikking van de Ondernemingskamer nu juist een belangrijke rol. De geringe betrokkenheid van Corus Nederland bij de totstandkoming van de concernstrategie en het daaruit voortvloeiende besluit tot afstoting van de aluminiumactiviteiten leidden tot het oordeel dat de raad van commissarissen een groot belang had om deugdelijk geïnformeerd te worden en ruimte moest krijgen om het concernbeleid af te wegen tegen de belangen van de Nederlandse onderneming.

Zo bezien zou de Corus-beschikking kunnen worden opgevat als een waarschuwing aan de leiding van het buitenlandse internationale concern om, wanneer het voornemen bestaat om het concernbeleid te vertalen naar concrete besluiten, ervoor te zorgen dat bestuur en raad van commissarissen van de Nederlandse vennootschap tijdig worden betrokken bij de totstandkoming van die strategie.

Door afwijzing van het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen is de Ondernemingskamer niet toegekomen aan de positie van de ondernemingsraad. Grapperhaus stelt dat de Ondernemingskamer hier werd gevraagd om de ondernemingsraad te gelasten reeds op voorhand afstand te doen van een wettelijke regeling, die niet meer of minder dan een afkoelingsperiode behelst. De regeling van artikel 25 lid 5 WOR beoogt nu juist om beide partijen de mogelijkheid tot herbezinning op de ingenomen positie te bieden. In wezen vroegen de aandeelhouders de Ondernemingskamer om de raad al zijn wettelijke rechten – tot het geven van een negatief advies, tot het eventueel herbezinnen op dat negatieve advies of tot het verzoeken om voorlopige voorzieningen – te ontnemen.²¹⁶ Met Grapperhaus meen ik dat een dergelijke onmiddellijke voorziening niet voor toewijzing in aanmerking komt.

Is de juridische positie van de structuurvennootschap in het buitenlandse internationale concern wezenlijk veranderd na de wijziging van het structuurregime in 2004? Sprengers wijst erop dat de concernleiding onder de huidige

216. Grapperhaus 2004, p. 456.

HOOFDSTUK 4

structuurregeling de mogelijkheid zou hebben gehad om de raad van commissarissen in zijn geheel naar huis te sturen, nadat deze geweigerd had om het besluit tot verkoop van de aluminiumactiviteiten goed te keuren. Deze ontslagbevoegdheid zet een raad van commissarissen onder druk en de dreiging van een mogelijk collectief ontslag zal de standpuntbepaling binnen de raad meebepalen.²¹⁷ Die opvatting wil ik nuanceren. Ook de leiding van een buitenlands internationaal concern heeft zich bij de uitvoering van het beleid in Nederland te gedragen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. De criteria voor afweging van het concernbeleid zijn door de wijziging van de structuurregeling niet veranderd. Dat betekent dat de leiding bij haar wens tot uitvoering van het concernbeleid bij Nederlandse structuurvennootschappen gehouden is tot het maken van een deugdelijke belangenafweging, ook nu zij de beschikking heeft over het collectieve heenzendrecht van de raad van commissarissen. Dat laatste is tot uitdrukking gekomen in de zaak Organon.²¹⁸

De structuurvennootschap Organon was een dochteronderneming van een wereldwijd opererend farmaceutisch concern, geleid door Merck Inc. uit de Verenigde Staten (hierna: “Merck”). Merck had een nieuwe netwerkstrategie bekendgemaakt, waar een vermindering van het aantal researchafdelingen deel van uitmaakte. Als gevolg daarvan zou de researchafdeling van een dochtervennootschap van Organon gesloten moeten worden, hetgeen het verlies van ongeveer 1100 arbeidsplaatsen tot gevolg kon hebben. De raad van commissarissen en de ondernemingsraad verklaarden zich niet akkoord met het door Merck genomen besluit. De ondernemingsraad was daarom een beroepsprocedure gestart bij de Ondernemingskamer, waarin hij stelde dat het besluit van Merck aan Organon kon worden toegerekend en dat Merck verplicht moest worden dit besluit in te trekken. Vervolgens vond overleg tussen partijen plaats, hetgeen resulteerde in een overeenkomst waarin onder meer werd voorzien in de oprichting van een adviesorgaan, bestaande uit vertegenwoordigers van de raad van commissarissen, de ondernemingsraad en de vakorganisaties. In die overeenkomst werd bepaald dat Merck en het adviesorgaan de alternatieven zouden onderzoeken voor sluiting van de afdeling en dat geen transactie door Merck of Organon zou worden afgewezen zonder voorafgaande consultatie van het adviesorgaan.²¹⁹

217. Sprengers 2004, p. 51.

218. Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam 11 maart 2011, JOR 2011/141 m.nt. Verburg en m.nt. Grapperhaus in Ondernemingsrecht 2011/55.

219. In zijn annotatie gaat Verburg in op wat onder ‘raadpleging’ kan worden verstaan. Hij definieert dit als het instellen van een dialoog en de gedachtewisseling tussen de betrokken partijen op een tijdstip, op een wijze en met een inhoud die het medezeggenschapsorgaan (in dit geval het adviesorgaan) in staat stellen om op basis van de verstrekte informatie over de voorgestelde maatregelen waarmee de raadpleging verband houdt, onverminderd de verantwoordelijkheden van de bedrijfsleiding, binnen een redelijke termijn een advies uit te brengen waarmee de onderneming rekening kan houden.

Merck brak op een gegeven moment de lopende onderhandelingen met een kandidaat-koper af, omdat het meende dat de voorstellen niet aanvaardbaar waren. Vervolgens heeft Merck het adviesorgaan in kennis gesteld van het besluit de onderhandelingen te staken. In kort geding vorderden de raad van commissarissen, de ondernemingsraad en de vakorganisaties onder meer nakoming van de overeenkomst, stellende dat Merck de bepalingen daarvan had overtreden door het bod definitief af te wijzen zonder het adviesorgaan vooraf om advies te hebben gevraagd. De voorzieningenrechter stelde hen in het gelijk. De overeenkomst kon niet zo worden uitgelegd dat Merck afstand had gedaan van zijn vrijheid een uiteindelijke beslissing te nemen of verplicht zou zijn het bod te accepteren. Wel kon uit de bewoordingen van de overeenkomst worden afgeleid dat afwijzing van de transactie pas kon plaatsvinden nadat het voornemen daartoe met het adviesorgaan was besproken. De voorzieningenrechter verplichtte Merck ertoe het besluit tot het niet verder onderhandelen ter advisering aan het adviesorgaan voor te leggen en bepaalde dat het daarbij inzage moest geven in zijn berekeningen van het vermogensverlies en de winst per aandeel, zoals die het gevolg zouden zijn van aanvaarding van het bod. De ondernemingsraad heeft de beroepsprocedure bij de Ondernemingskamer daarna ingetrokken. Onderhandelingen tussen Merck, de raad van commissarissen en de ondernemingsraad leidden vervolgens tot het resultaat dat de researchafdeling werd gesloten, maar ongeveer de helft van de arbeidsplaatsen behouden kon blijven, doordat Merck ervoor koos een nieuwe afdeling, gericht op productontwikkeling voor opkomende markten (China, India, Brazilië en Rusland), in Nederland te plaatsen.²²⁰

De zaken Corus en Organon geven goed zicht op de positieve aspecten van de structuurregeling en wat ik eerder noemde de bufferfunctie van de raad van commissarissen. In beide gevallen lag dit succes niet zozeer aan het optreden of de bevoegdheden van de ondernemingsraad, maar aan het goedkeuringsrecht van de raad van commissarissen. Het is in die situaties vooral de (ont)houding van (de goedkeuring van) de raad van commissarissen geweest die de uiteindelijke doorslag heeft gegeven bij de beïnvloeding van het beleid: was de raad van commissarissen in die zaken akkoord gegaan, dan is het de vraag in hoeverre verzet door de ondernemingsraad succesvol zou zijn geweest.

De zaak Organon dateert van na de wijziging van de structuurregeling in 2004. Merck had de mogelijkheid om gebruik te maken van het recht de raad van commissarissen collectief heen te zenden, maar heeft daarvan geen gebruik gemaakt, mogelijk omdat het inschatte dat een dergelijke handeling strijd met de redelijkheid en billijkheid zou opleveren. Zonder dit collectief ontslag moet

220. Gezamenlijk persbericht Organon, ondernemingsraad en raad van commissarissen van 13 mei 2011, www.msd.nl.

HOOFDSTUK 4

de internationale concernleiding dus eerst langs de raad van commissarissen voordat zij tot implementatie van een aan diens goedkeuring onderhevig strategisch besluit kan overgaan. Dit illustreert de waarde van een onafhankelijke raad van commissarissen, die niet alleen kijkt naar het concernbeleid maar ook naar het belang van de Nederlandse onderneming en haar werknemers: wanneer deze raad in meerderheid uit concernfunctionarissen bestaat, gaat de bufferfunctie verloren. Bij een onafhankelijke raad van commissarissen behoudt de structuurregeling haar sociale betekenis. De uitspraken inzake Corus en Oranor zijn voorbeelden van een deugdelijk functioneren ervan.

4.5 *Evaluatie*

Van de in dit hoofdstuk gemaakte driedeling staat de strategievorming van het buitenlandse internationale concern met belangen in Nederland duidelijk het verst af van de onderneming in Nederland. In veel gevallen krijgen de werknemers van de Nederlandse dochtervennootschap weinig plaats in de gedachtevorming rondom het strategisch beleid van het buitenlandse internationale concern.

De ruimte voor het bestuur van de Nederlandse dochtervennootschap om af te wijken van de internationale strategie is uiterst beperkt. De dochtervennootschap heeft zich in beginsel aan de concernstrategie te houden, zij het dat dit beleid niet per definitie een redelijk handelen van de ondernemer oplevert. Van belang is of de ondernemer de betrokken belangen op redelijke wijze heeft afgewogen, waarbij de concernstrategie wel gewicht in de schaal legt, maar niet zonder meer doorslaggevend is. Dat betekent onder meer dat het adviesrecht van de ondernemingsraad niet alleen betrekking heeft op de modaliteiten van het te nemen besluit, maar ook op de vraag of een besluit als zodanig genomen dient te worden. Deze genuanceerde benadering in de jurisprudentie biedt weinig handvatten voor de praktijk: het komt steeds neer op een waardering van de aard van het besluit, de omstandigheden van het geval en de houding van partijen.

Op het eerste gezicht lijkt de gedachte gerechtvaardigd dat binnen Europa gevestigde concerns over het algemeen zorgvuldiger omgaan met werknemersbelangen in de landen waarin zij opereren dan groepen die vanuit daarbuiten gevestigde landen worden geleid. Binnen Europa bestaat een algemeen, door Europese richtlijnen bevestigd normenkader, waarin medezeggenschapsrechten zijn uitgewerkt, die overigens sterk per jurisdictie verschillen. Daaruit zou kunnen volgen dat binnen Europese ondernemingen meer begrip voor de positie van werknemersvertegenwoordigers bestaat. Voor de juistheid van die stelling heb ik geen bewijs gevonden. Uit de hier besproken jurisprudentie en uit de praktijk blijkt dat geschillen over medezeggenschapsrechten zich binnen

Europese internationale concerns op gelijke voet voordoen als daarbuiten. Daarnaast is van belang dat in sommige delen van de Verenigde Staten en in een aantal Aziatische landen een grote invloed van werknemersvertegenwoordigers (vaak: vakorganisaties) zichtbaar is, als gevolg waarvan zij terdege met de positie van werknemers rekening houden voordat zij tot (uitvoering van) besluitvorming overgaan.

Evenmin kan worden volgehouden dat het bestuur van grote ondernemingen, of van grote ondernemingen binnen concerns, zorgvuldiger omgaat met de positie van werknemers dan dat van kleine ondernemingen. Die zorgvuldigheid is vaak afhankelijk van een veelheid aan factoren, waaronder de aard van het beleid dat wordt gevormd, de marktomstandigheden waarbinnen besluitvorming tot stand komt, de bedrijfsfilosofie van de concernleiding, de cultuur binnen de groep, de ruimte die de concernleiding aan het lokale bestuur biedt en de strijdbaarheid van werknemersvertegenwoordigers. De Nederlandse rechter kijkt vervolgens per geval naar de wijze waarop het beleid tot stand is gekomen of het besluit is uitgevoerd; de grootte van de onderneming of het aantal getroffen werknemers lijkt op dat oordeel niet direct van invloed te zijn. Als voorbeeld noem ik de zaken Hyster (235 werknemers) en Howson-Algraphy (234 werknemers), waarin het besluit tot sluiting de toets der kritiek niet kon doorstaan, vergeleken met Ford (1092 werknemers), waarin het overleg voorafgaand aan eenzelfde besluit voldoende werd geacht. Het besluit in de zaak Nedlin betrof 500 werknemers en werd kennelijk onredelijk bevonden; de besluiten bij Nering Bögel en Leaf waren dat niet, terwijl het ging om werknemersaantallen die substantieel te noemen zijn (respectievelijk 67 en 140 werknemers). Uit de in die uitspraken weergegeven feiten blijkt overigens meestal niet welke omvang de Nederlandse onderneming had vergeleken met het totale concern; dat doet vermoeden dat de rechter dit niet als een zelfstandige wegingsfactor ziet. Het gebrek aan een duidelijk patroon in de omvang van die gevallen geeft de indruk dat andere factoren bij het rechterlijk oordeel over de strategie de doorslag geven.

Het beginsel dat het bestuur van de Nederlandse dochter wel is gehouden het concernbeleid te volgen, maar dat dit in sommige gevallen moet wijken voor het belang van de Nederlandse onderneming, geeft Nederlandse werknemers enig houvast. Het probleem dat ik daarbij zie is dat het gaat om juridische middelen, die alleen kunnen worden ingezet nadat het concernbeleid is vertaald in besluiten en de vraag naar de betrokkenheid van het Nederlandse bestuur en, indien aanwezig, de raad van commissarissen in beeld is gekomen. Het juridische karakter van die maatregelen maakt dat dan sprake is van een conflictsituatie, die pas speelt als de concernleiding tot uitvoering van besluiten wil overgaan en van die voornemens moeilijk af te brengen zal zijn. Van een open dialoog in het beginstadium van het beleidsvormingsproces is hier geen sprake. Het gebrek aan

HOOFDSTUK 4

betrokkenheid van het Nederlandse bestuur en de raad van commissarissen kan volgens de Corus-uitspraak wel gewicht in de schaal leggen bij de afweging tussen het concernbelang en het belang van de Nederlandse onderneming. Die regel brengt geen verandering in het gegeven dat het concernbelang als uitgangspunt moet worden genomen en het vaak zal gaan om tamelijk extreme gevallen van veronachtzaming van de belangen van de Nederlandse onderneming. In wezen zijn deze juridische procedures achterhoedegevechten, waarvan niet op voorhand gezegd kan worden dat die door werknemers worden verloren, maar ze brengen hen ook niet dicht bij het begin van het besluitvormingsproces.

De relatief geringe mate van invloed van Nederlandse werknemers op de beleidsvorming in het buitenlandse internationale concern heeft geleid tot een roep om wijziging of heroverweging van de wetgeving op dit punt. Op 7 oktober 2010 is een motie in de Tweede Kamer ingediend, waarin wordt gesteld dat herijking van het belang van aandeelhouders jegens overige stakeholders nodig is. Daarbij moet in het bijzonder recht worden gedaan aan de positie van werknemers. De regering is verzocht om in samenwerking met werkgevers- en werknemersorganisaties te onderzoeken hoe ondernemingsraden intensiever kunnen worden betrokken bij overnames, fusies of splitsingen van in het bijzonder internationale ondernemingen, en welke mogelijkheden er zijn om het adviesrecht en het instemmingsrecht te versterken.²²¹ Deze motie is op 13 oktober 2010 door de Tweede Kamer aangenomen.

Timmerman heeft als alternatief voor het geldende recht gesuggereerd dat men zou kunnen overwegen om een bepaling in de WOR op te nemen die de buitenlandse moederverenootschap verplicht om aan de Nederlandse ondernemingsraad advies te vragen over de initiatieven die zij onderneemt om tot sluiting of inkrimping van de Nederlandse dochteronderneming over te gaan.²²² Tegen een dergelijke verplichting om advies te vragen ziet hij de volgende argumenten:

1. De vraag is of het initiatief van de moederverenootschap wel voldoende strakke contouren heeft om te kunnen spreken van een voorgenomen besluit in de zin van de WOR.

221. Kamerstukken II 2010-2011, 29 544, nr. 264. Deze motie ging gepaard met een motie waarin de regering werd verzocht op korte termijn alle denkbare politieke en diplomatieke middelen in te zetten om de Amerikaanse directie van Abbott ertoe te bewegen samen met de Nederlandse ondernemingsraad te zoeken naar de best mogelijke oplossing voor werknemers, de lokale gemeenschap en de kenniseconomie (Kamerstukken II 2010-2011, 29 544, nr. 263). Zie ook de brief van de minister van Economische Zaken van 6 oktober 2010 over dit onderwerp (Kamerstukken II 2010-2011, 29 544, nr. 262).

222. Timmerman 1988, p. 120.

2. Het opleggen van een verplichting aan een buitenlandse moedervernootschap om aan de Nederlandse ondernemingsraad advies te vragen over bepaalde door de moeder gewenste besluiten stuit op volkenrechtelijke complicaties. De Nederlandse wetgever zou wellicht uit volkenrechtelijk oogpunt gerechtigd zijn om de moedervernootschap te verplichten over bepaalde aangelegenheden advies te vragen aan de Nederlandse ondernemingsraad, wanneer de moedervernootschap door de besluitvorming van de dochter te sturen direct in de Nederlandse rechtssfeer ingrijpt. Dit is echter in een moeder-dochterverhouding in het algemeen niet het geval. Wanneer een besluit tot sluiting van de door de dochter gedreven onderneming aan de orde komt, is er immers steeds een formeel besluit van het bestuur van de dochter nodig om zo'n sluiting te bewerkstelligen, hoezeer de concernleiding de sluiting ook wenst. Van een directe ingreep door de buitenlandse moedervernootschap in de Nederlandse rechtssfeer is dan geen sprake.²²³
3. De vraag is of het opleggen van de adviesplicht aan de buitenlandse concernleiding in plaats van aan het bestuur van de dochtervernootschap nu werkelijk een groot voordeel oplevert. Een dergelijke adviesprocedure zou de Nederlandse ondernemingsraad wel in staat stellen om in contact te komen met degenen die het beleid werkelijk bepalen. Het nadeel is dat een dergelijke verplichting afdoet aan de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur van de dochter. Daarbij neemt Timmerman in aanmerking dat het leggen van contacten tussen de Nederlandse ondernemingsraad en de buitenlandse beleidsmakers ook op een andere manier kan plaatsvinden dan via een adviesplicht voor de buitenlandse moedervernootschap.²²⁴
4. De koppeling van het adviesrecht aan het beroepsrecht levert het probleem op dat zo'n beroep tegen de buitenlandse moedervernootschap nooit met succes ingesteld kan worden. Een voorwaarde voor het kunnen toepassen

223. Bij dit argument geeft Timmerman toe dat deze opmerkingen enigszins abstract zijn. De oorzaak hiervan is dat het volkenrecht geen echt harde regels kent die de rechtsmacht van de verschillende staten klip en klaar afgrenzen. Honée gaat er dan ook van uit dat de keuze van de wetgever om de WOR territoriaal te beperken niet zozeer is ingegeven door het volkenrecht, maar dat rechtspolitieke overwegingen de doorslag hebben gegeven (Honée 1982, p. 37). In de memorie van toelichting bij de invoering van de wet over het standpuntbepalingsrecht van de ondernemingsraad van naamloze vennootschappen wordt gerefereerd aan het beginsel van territorialiteit en het beginsel van legitimiteit. Het territorialiteitsbeginsel houdt in dat specifiek Nederlandse opvattingen over de zeggenschap in een onderneming niet dwingend mogen worden voorgeschreven aan grensoverschrijdende activiteiten. Het legitimiteitsbeginsel houdt in dat de legitimiteit van de medezeggenschap van in Nederland werkzame werknemers over het internationale concernbeleid beperkt is (Kamerstukken II 2008-2009, 31 877, nr. 3, p. 12).

224. Anders: Van Schilfgaarde 1982, p. 136, die meent dat medezeggenschap pas goed tot ontwikkeling kan komen wanneer deze doordringt tot het niveau waar beslissingen worden genomen.

HOOFDSTUK 4

van het beroepsrecht is immers dat degene tegen wie het beroep wordt ingesteld een juridisch bindend besluit neemt. Daartoe is de moeder-vennootschap niet bevoegd.

5. Het is de vraag of het wel verstandig is om een buitenlandse moeder-vennootschap bij de Nederlandse medezeggenschapsprocedure te betrekken. Het is niet reëel om te verwachten dat een concerncentrale aan een adviesprocedure die een Nederlandse dochter betreft dezelfde aandacht kan geven als het bestuur van de Nederlandse dochtervennootschap.

Timmerman concludeert dat het geen zinnige taak is om artikel 25 van de WOR ook van toepassing te verklaren op een buitenlandse moedervennootschap.

De argumenten van Timmerman uit 1988 zijn nog steeds actueel. De nuance die wellicht bij zijn onder 3 en 4 genoemde stellingen kan worden geplaatst, is dat de rechtsontwikkeling sindsdien heeft geleid tot een iets sterkere positie van werknemers bij het streven naar beïnvloeding van besluiten van de buitenlandse concernleiding. Verburg meent zelfs dat de internationalisering van het bedrijfsleven de informatievoorziening aan de Nederlandse ondernemingsraad niet beduidend lastiger heeft gemaakt.²²⁵ Uit de jurisprudentie over toerekening en medeondernemerschap kan worden opgemaakt dat een (buitenlandse) moedermaatschappij zodanige informatie moet verschaffen als de Nederlandse dochtervennootschap nodig heeft voor een behoorlijke vervulling van haar taken. Daaronder valt het tijdig verschaffen van duidelijke informatie aan de ondernemingsraad. Het leerstuk van de toerekening heeft volgens Verburg juist op grensoverschrijdend vlak de WOR een voor de medezeggenschap zo gunstig mogelijk bereik gegeven. Besluiten van een (buitenlandse) moedermaatschappij betreffende de Nederlandse onderneming zijn aanwijzingen voor of worden toegerekend aan het bestuur van de ondernemer die de onderneming in stand houdt. Er staat niets aan in de weg om besluitvorming van de concernleiding te betrekken bij de beoordeling van andere besluiten.

De kanttekening die ik bij de opvatting van Verburg plaats, is dat het gaat om (pogingen tot) beïnvloeding van besluiten en niet van de achterliggende beleidsvorming. Tot beïnvloeding van het denkwerk op het hogere niveau van de concernleiding leidt dit alles niet. Ook hier geldt dat het gaat om juridische middelen in conflictsituaties, die pas kunnen worden ingezet als de beleidsvorming al in vergaande mate is uitgekristalliseerd. Daarbij komt dat de vraag kan worden gesteld of de jurisprudentie over toerekening en medeondernemerschap wel zo duidelijk is als door sommigen wordt gesteld. Bij de toepassing van die leer binnen buitenlandse internationale concerns constateer ik beperkingen, bestaande uit het uitzonderingskarakter van afwijking van

225. Verburg 2007, p. 380.

internationaal concernbeleid, het nemen van internationale besluiten die indirect inwerken op de Nederlandse onderneming maar die haar niet direct raken, en een rechterlijke terughoudendheid bij individuele internationale besluiten die niet onmiddellijk passen in een strategie. Het uitzonderingskarakter van werknemersinvloed op de strategie en de onvoorspelbaarheid van de jurisprudentie op het niveau van daaruit voortvloeiende besluiten zijn overigens thema's die zowel voor de Nederlandse onderneming als voor het Nederlandse of buitenlandse internationale concern van belang zijn. Dat brengt mij tot de conclusie van dit hoofdstuk.

5 Conclusie

Niet alleen uit sociologisch onderzoek, maar ook uit de hier onderzochte jurisprudentie komt het beeld naar voren van een medezeggenschapsrechtelijke driedeling in het Nederlandse bedrijfsleven. Deze driedeling bestaat uit de Nederlandse onderneming, het Nederlandse internationale concern en het buitenlandse internationale concern met belangen in Nederland. Afhankelijk van de categorie waarbinnen de onderneming valt, ontstaan verschillen in de strategievorming door de concernleiding, de informatievoorziening aan en het overleg met de ondernemingsraad en de rechtsmiddelen die kunnen worden uitgeoefend.

De globalisering van de economie, de introductie van nieuwe methoden van telecommunicatie en de centralisatie van de strategische beleidsvorming hebben geleid tot een vergroting van de afstand tussen het bestuur van de topholding en de werknemers in Nederland. Naarmate de groep waarbinnen de onderneming is geplaatst internationaler wordt, neemt de afstand tussen de concernleiding en de ondernemingsraad toe. De consequentie daarvan is een afname van de mogelijkheden van de raad om vroegtijdig invloed uit te oefenen op de vorming van het beleid. Hiervoor bestaat in beginsel een goede rechtvaardiging: de concernleiding van een internationaal concern heeft te waken over de belangen van de ondernemingen in alle landen en kan niet toestaan dat werknemers in één land een sterkere mate van invloed verkrijgen dan degenen die in andere landen werken. De keerzijde van dat beginsel voor de Nederlandse werknemers van zulke concerns is dat hun onderhandelingspositie sterk is afgenomen en zij nauwelijks over mogelijkheden beschikken om de strategie te beïnvloeden. Waar de grens van de beleidsvrijheid van de concernleiding ligt en waar medezeggenschap begint, hangt mede af van de structuur en de samenstelling van het concern. Deze afweging kan anders liggen wanneer de Nederlandse onderneming een belangrijk onderdeel van een Nederlands internationaal concern vormt, of dat deze deel uitmaakt van een groep van vele, wereldwijd verspreide ondernemingen.

HOOFDSTUK 4

De driedeling werkt door in de wijze waarop binnen het concern overleg wordt gevoerd. Binnen Nederlandse ondernemingen bestaat een redelijke mate van tevredenheid over het medezeggenschapsrechtelijke overleg, zij het dat dit inhoudelijk niet vaak over de strategie lijkt te gaan. De leiding van Nederlandse of buitenlandse internationale concerns heeft over het algemeen weinig behoefte aan overleg met de ondernemingsraad. In hoeverre dit overleg plaatsvindt, wordt mede bepaald door de vennootschaps- of medezeggenschapsrechtelijke structuur van het concern. Veel Nederlandse internationale concerns hebben gekozen voor een scheiding tussen de activiteiten van de topholding, waarbinnen de vorming van de internationale concernstrategie plaatsvindt, en verschillende subholdings waarin de ondernemingen van de landen zijn gegroepeerd. Binnen concerns met een dergelijke holdingstructuur heeft de ondernemingsraad uitsluitend medezeggenschap over de activiteiten van de Nederlandse onderneming. Bij een aantal Nederlandse internationale concerns met een holdingstructuur is een convenant gesloten met de ondernemingsraad van de Nederlandse subholding, waarin afspraken worden gemaakt over de betrokkenheid van de ondernemingsraad bij grensoverschrijdende aangelegenheden. Dergelijke convenanten komen veel minder voor bij buitenlandse internationale concerns. In die situaties ontbreekt het de ondernemingsraad niet alleen aan een wettelijk kader, maar ook aan afspraken die het bestuur van de Nederlandse onderneming in staat stellen aan de verplichtingen uit de WOR te voldoen. Wanneer dit tot conflicten leidt, zal de rechter van geval tot geval moeten oordelen of en in hoeverre aan Nederlandse medezeggenschapsrechten tekort is gedaan; ondernemingsraden zijn daarin geregeld onsuccesvol geweest.

Veel onderzoekers verkondigen de opvatting dat de rechtsmiddelen door de ondernemingsraad worden onderbenut. Uit mijn onderzoek blijkt dat deze opvatting moet worden genuanceerd. Het antwoord op de vraag of van onderbenutting van rechten sprake is, hangt niet alleen af van het soort rechtsmiddel waar het om gaat, maar ook van de plaats die de onderneming in de medezeggenschapsrechtelijke driedeling inneemt.

Een aantal ondernemingsraden van Nederlandse ondernemingen heeft – in uitzonderingsgevallen – door gebruikmaking van een bij overeenkomst toegekend recht tot indiening van een enquêteverzoek het strategisch beleid van de vennootschap kunnen beïnvloeden. In het merendeel van de gevallen heeft de Ondernemingskamer geoordeeld dat het optreden van de werknemersvertegenwoordigers in het belang van de vennootschap was. Van onderbenutting kan hier niet worden gesproken, nu de wetgever de bevoegdheid tot het indienen van een enquêteverzoek niet aan de ondernemingsraad heeft toegekend en hij dus steeds afhankelijk is van anderen om dit recht bij overeenkomst of statuten te verkrijgen.

Ook bij sommige Nederlandse internationale ondernemingen heeft de ondernemingsraad door gebruik van het enquêterecht een vorm van invloed kunnen uitoefenen op de strategie. Hier ging het vaak om voeging als belanghebbende in enquêteprocedures, die door aandeelhouders aanhangig waren gemaakt als gevolg van een diepgaand verschil van mening over de strategische koers en de wens om één of meer organen te vervangen. Ondernemingsraden die zich direct (door voeging als belanghebbende) of indirect (door verstrekking van een advies) in het debat hebben gemengd, hebben zich zo over het beleid en de gang van zaken van de vennootschap kunnen uitlaten. De invloed daarvan is moeilijk meetbaar. Uit sommige beschikkingen van de Hoge Raad en de Ondernemingskamer blijkt dat het optreden van de ondernemingsraad enig effect heeft gehad, bijvoorbeeld omdat door hem gevraagde voorzieningen zijn toegewezen of zijn positie in de motivering van de beschikking is meegewogen. Ik meen dat hier een taak ligt voor de ondernemingsraad. Bij geschillen over de strategische koers zou de raad zich, vaker dan nu het geval is, verplicht moeten voelen tot actieve inmenging in het (processuele) debat. Anders laat hij in ieder geval een kans liggen invloed op dit geschil uit te oefenen; de toekenning van het gewicht van die interventie is dan in voorkomende gevallen aan de rechter.

De betrokkenheid van de ondernemingsraden bij verzoeken tot het houden van een enquête in ondernemingen die deel uitmaakten van een buitenlands internationaal concern, heeft zich tot nu toe voornamelijk beperkt tot ondersteuning van de vakorganisaties bij geschillen over de kwaliteit van de informatievoorziening of het overleg binnen het concern. Die rechtspraak heeft zich ontwikkeld in de periode 1980-1985, die werd gekenmerkt door moeilijke economische omstandigheden. De crisis van 2008 heeft eveneens een diepgaand negatief effect op de financiële positie en werkgelegenheid van mondiale en nationale ondernemingen gekregen, waarvan de consequenties nog lang merkbaar zullen zijn. De verwachting is gerechtvaardigd dat dit zal leiden tot verharding van standpunten en een toename van het aantal geschillen tussen ondernemer en werknemers over bedrijfssluitingen, bedrijfsverhuizingen en reorganisaties.

De stelling dat de ondernemingsraad het beroepsrecht onderbenut laat, valt mijns inziens voor Nederlandse ondernemingen moeilijk vol te houden. In dit hoofdstuk heb ik voorbeelden genoemd van gevallen waarin het beroepsrecht een ingrijpend effect op het strategische besluit van de ondernemer heeft gekregen. De jurisprudentie laat een tendens zien waarin de aard van het besluit een steeds belangrijkere rol speelt. Door het toewerken naar een beoordeling op besluitniveau ontstaat een zeker mate van onvoorspelbaarheid in de jurisprudentie. Die onvoorspelbaarheid werkt twee kanten op. Zij kan ertoe leiden dat sommige ondernemers voorzichtiger worden en ter voorkoming van risico's

HOOFDSTUK 4

zekerheidshalve (zo nodig voorwaardelijk) advies vragen aan de ondernemingsraad. Anderzijds kan ze leiden tot rechtsonzekerheid en een toename van het aantal geschillen over de uitoefening van het adviesrecht. In mijn ogen dient de rechter ervoor te waken dat de aard van het besluit te veel zelfstandige betekenis toekomt. Ik pleit ervoor dat in de jurisprudentie inzicht wordt geboden in het gewicht dat aan alle relevante omstandigheden wordt toegekend, en ook in de technieken die worden gehanteerd om juridische structuren te doorbreken.

De ondernemingsraad van een onderneming die deel uitmaakt van een internationaal, breed vertakt concern, waarin de besluitvorming over meer schijven loopt, heeft het beduidend moeilijker om zijn beroepsrecht effectief uit te oefenen. In een dergelijke omgeving is de fase die voorafgaat aan de periode van een besluit in voorbereiding langer dan bij een zelfstandige onderneming en kan moeilijker worden bepaald wanneer de ene fase overgaat in de andere. Daarin verschilt de besluitvorming binnen het Nederlandse internationale concern van de Nederlandse onderneming en neemt de mogelijkheid van ondernemingsraden om invloed in de voorfase van de besluitvorming uit te oefenen af.

Dat geldt sterker bij buitenlandse internationale concerns, waar het besluitvormingsproces onder omstandigheden een nog ingewikkelder verloop kent en daardoor een grotere afstand van de Nederlandse ondernemingsraad heeft. Die afstand komt mede tot uitdrukking in de beperkingen die de Ondernemingskamer in haar rechtspraak over het beroepsrecht bij buitenlandse internationale concerns aanbrengt. De jurisprudentie laat een beeld zien waarin (1) het uitzonderingskarakter van mogelijke afwijking van internationaal concernbeleid wordt bevestigd, (2) internationale besluiten kunnen worden genomen die indirect inwerken op de Nederlandse onderneming, maar die niet kunnen worden gezien als besluiten die haar rechtstreeks raken, en (3) rechterlijke terughoudendheid lijkt te bestaan bij toetsing van individuele besluiten met een internationaal karakter, die niet onmiddellijk passen in een vooraf omschreven strategisch beleid.

Die beperkingen leiden overigens niet tot de conclusie dat het voor de ondernemingsraad van een onderneming die tot een buitenlands internationaal concern behoort, onmogelijk is om besluiten door uitoefening van het beroepsrecht aan te tasten. De raad moet dan wel met zwaarwegende argumenten komen om het door de concernleiding uitgezette beleid te doorkruisen. Uit de in dit hoofdstuk behandelde jurisprudentie blijkt dat dit geregeld is gepoogd, met wisselend succes voor de werknemers. Dit rechtvaardigt niet zozeer de conclusie dat sprake is van onderbenutting van rechten, maar wel dat de ondernemingsraad de grenzen van het Nederlandse rechtssysteem heeft opgezocht en gevonden.

Tot slot speelt de structuurregeling een belangrijke rol in de Nederlandse sociale verhoudingen, vooral bij niet-beursgenoteerde ondernemingen. Bij geschillen tussen aandeelhouders en het bestuur over de strategie kan de raad van commissarissen een bufferfunctie vervullen, doordat hij het bestuur kan ontslaan, althans belangrijke strategische besluiten moet goedkeuren voordat ze kunnen worden uitgevoerd. Het structuurregime kan zo een goede werking vervullen, bijvoorbeeld in gevallen waarin aandeelhouders handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid. De ondernemingsraad heeft een belangrijke taak bij het bewaken van de onafhankelijkheid van de raad van commissarissen en zou meer gebruik moeten maken van zijn (versterkte) recht van aanbeveling. Het inrichten van een centraal bestand van kwalitatief goede commissarissen zou hem daarbij kunnen helpen.

De wetgever heeft de structuurregeling tot de Nederlandse verhoudingen willen beperken en internationale concerns daarvan vrijgesteld, althans de gevolgen daarvan verlicht. Die keuze van de wetgever heeft bij veel Nederlandse internationale concerns geleid tot invoering van een holdingstructuur, waarin het strategisch beleid wordt bepaald op het niveau van de topholding en de Nederlandse activiteiten zijn ondergebracht in een subholding. Bij buitenlandse internationale concerns vindt toepassing van het structuurregime geregeld plaats op het niveau van de Nederlandse dochtervennootschap die aan de betreffende criteria voldoet. Dit heeft er bijvoorbeeld in de zaken Corus en Organon toe geleid dat de bufferfunctie van de structuurregeling behouden bleef. In beide gevallen ging het om een voor de onderneming en haar werknemers ingrijpend besluit, dat goedkeuring van de raad van commissarissen behoeft. De mogelijkheid tot beïnvloeding van de strategie staat of valt hier met de onafhankelijkheid van deze raad. Zolang die de afweging tussen concernbelang en belang van de vennootschap met voldoende afstand kan maken heeft de structuurregeling effect; wanneer deze onafhankelijkheid ontbreekt, is de regeling zo goed als inhoudsloos.

Uit dit alles concludeer ik dat de invloed van de ondernemingsraad – langs de door mij besproken driedeling – afneemt naarmate het internationale karakter van het concern waarin hij deelneemt toeneemt. Die afnemende invloed is een gevolg van de praktische werkelijkheid, waarin de concernleiding verder af staat van de Nederlandse onderneming, en van juridische keuzes die de wetgever (vaak op goede gronden) heeft gemaakt. In sommige gevallen laten ondernemingsraden hun rechten onderbenut, maar dat lijkt niet de hoofdoorzaak van de hier gesignaleerde afnemende invloed; deze is in mijn ogen een rechtstreeks gevolg van de (inter)nationale constellatie waarbinnen de onderneming opereert. Dat roept de vraag op of een ander orgaan beter geëquipeerd is om de medezeggenschap in internationale verhoudingen vorm te geven. In het volgende hoofdstuk zal ik daarom de Europese ondernemingsraad behandelen.

Hoofdstuk 5. De Europese ondernemingsraad

1 Inleiding

Het is niet eenvoudig een systeem te ontwerpen dat voorziet in een oplossing voor de problemen die ontstaan bij de medezeggenschap van werknemers in internationale concerns. Wanneer men zo'n systeem sluitend wil maken, zou het in wezen wereldomvattend moeten zijn. Voor een dergelijk mondiaal systeem is minstens nodig dat een algemeen normenkader bestaat, waarbinnen de medezeggenschapsrechten kunnen worden vormgegeven. Dit normenkader ontbreekt. De arbeidsrechtelijke regelingen in de wereldwijde jurisdicties zijn dermate verschillend, dat het niet goed mogelijk is daarin gemeenschappelijke kenmerken te zien. Er is geen mondiale wetgevende instantie die een dergelijk systeem tot stand kan brengen. Ook binnen de beperktere kring van de westerse landen ontbreekt consensus over de positie van werknemers in internationale concerns. Arthurs¹ wijst er bijvoorbeeld op dat het systeem van collectief arbeidsrecht in de Verenigde Staten dermate confuus is, dat het onwaarschijnlijk is dat dit andere landen zal bewegen tot wijziging van hun arbeidsrechtelijke systemen: "At least, we can be fairly sure that a robust transnational collective labour regime is unlikely to emerge as a result of the convergence. Rather, if there is any convergence at all, it may well manifest itself in diminished labour rights throughout the advanced economies." Het lijkt dan ook weinig zinvol om verder over een wereldwijd medezeggenschaprecht na te denken.²

Dat ligt anders binnen de Europese Unie: hier is wel een algemeen normenkader ontstaan, dat heeft geleid tot de ontwikkeling van het Europese arbeidsrecht en een eigen plaats heeft gekregen in het economische ordeningsrecht. Dit Europese arbeidsrecht is stap voor stap tot stand gekomen, en het normenkader is uiteindelijk neergelegd in een algemene richtlijn over de informatie en de raadpleging van de werknemers binnen Europa.³ De gedachte achter die richtlijn, zo wordt in de preambule beschreven, is dat tijdige informatie en

1. Arthurs 1998, p. 153.

2. Zo ook: Verburg 2007, p. 256.

3. Richtlijn 2002/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2002 tot vaststelling van een algemeen kader betreffende de informatie en de raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap (PbEG 2002 L 80/29).

raadpleging van werknemers een noodzakelijke voorwaarde is voor het wel-slagen van de herstructurering en aanpassing van ondernemingen aan de nieuwe omstandigheden die het gevolg zijn van de mondialisering van de economie, vooral door de ontwikkeling van nieuwe vormen van arbeidsorganisatie. Volgens Van Peijpe⁴ heeft de ontwikkeling van het Europese arbeidsrecht zo dezelfde lijn gevolgd als ons nationale medezeggenschapsrecht eerder deed. In 1950 kregen werknemers in Nederland medezeggenschap over sociale aangelegenheden binnen de onderneming, en in 1971 over strategische besluiten van de ondernemer. In het Europese arbeidsrecht kwamen bepalingen over informatie en raadpleging van werknemers incidenteel tot stand door de Richtlijn collectief ontslag (75/129/EEG, vervangen door 98/59/EG) en de Richtlijn overgang ondernemingen (77/187/EEG, vervangen door 2001/23/EG), die beide voorschriften op dat gebied bevatten. Een belangrijk moment in die ontwikkeling was de totstandkoming van de richtlijn over de instelling van een Europese ondernemingsraad, in 1994.⁵ De (nadien opgestelde) kaderrichtlijn voor informatie en raadpleging van werknemers vult de leemte op die tussen de genoemde drie richtlijnen is ontstaan. In dit hoofdstuk staan de richtlijn over de Europese ondernemingsraad (hierna in dit hoofdstuk: “de richtlijn”) en de Nederlandse implementatie daarvan centraal.⁶

De richtlijn heeft als doel de informatieverstrekking aan en de raadpleging van werknemers bij multinationals met een communautaire dimensie te verbeteren, door het oprichten van een Europese ondernemingsraad of via een informatie- en raadplegingsprocedure.⁷ De richtlijn is geen gewone richtlijn, in die zin dat ze niet de harmonisatie van nationale wetgevingen nastreeft, maar voorwaarden creëert om tot oprichting van een grensoverschrijdend medezeggenschapsorgaan te komen.⁸ De richtlijn regelt, zakelijk weergegeven, dat het hoofdbestuur van een communautaire onderneming of groep, bij gebleken interesse van werknemers of hun vertegenwoordigers, verplicht wordt te onderhandelen met een bijzondere onderhandelingsgroep over de oprichting van een Europese ondernemingsraad of een andere vorm van Europese medezeggenschap. Zij is

-
4. Van Peijpe 2002. Zie voor een historisch overzicht van de totstandkoming van de medezeggenschapsregelingen binnen de Europese Unie Blanpain 1997.
 5. Richtlijn 94/45/EG van de Raad van 22 september 1994 (PbEG 1994 I 254/64) inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van de werknemers.
 6. De richtlijn is laatstelijk gewijzigd in 2009, zie Richtlijn 2009/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 6 mei 2009 (PbEU 2009, I 122), die richtlijn 94/45/EG heeft vervangen. Zie voor een historisch overzicht van de totstandkoming hiervan Lamers 1997, p. 116.
 7. Op deze – in de praktijk weinig tot ontwikkeling gekomen – andere wijze van informatieverstrekking en raadpleging zal ik hier niet ingaan.
 8. Zie verder Breek en Slotboom 1996.

van toepassing op ondernemingen of concerns die sinds twee jaar in ten minste twee lidstaten elk gemiddeld ten minste 150 werknemers hebben, en in de lidstaten samen gemiddeld ten minste 1000 werknemers.

De richtlijn bevat nauwelijks voorschriften voor de inhoud van de door de bijzondere onderhandelingsgroep met het hoofdbestuur te sluiten Europese ondernemingsovereenkomst; deze wordt vrijwel geheel overgelaten aan de onderhandelende partijen. Hebben het hoofdbestuur en de bijzondere onderhandelingsgroep na drie jaar onderhandelen geen overeenkomst kunnen sluiten, of weigert het hoofdbestuur binnen zes maanden na een verzoek van vertegenwoordigers uit twee lidstaten onderhandelingen te openen, dan is het hoofdbestuur verplicht een Europese ondernemingsraad in te stellen. De rechten en verplichtingen van die raad deze buiten overeenkomst ingestelde Europese ondernemingsraad worden ingevuld door een aantal specifieke bepalingen, de subsidiaire voorschriften.

De richtlijn bevat voorts een vrijstelling voor concerns die vóór de inwerking-treding van de relevante implementatiewetgeving al een voor alle werknemers geldende overeenkomst over grensoverschrijdende informatie en raadpleging van werknemers hadden. Deze vrijstelling voor zogenoemde artikel 13-overeenkomsten heeft er volgens Heerma van Voss toe geleid dat het aantal opgerichte Europese ondernemingsraden bemoedigend kan worden genoemd.⁹ Verburg wijst erop dat deze artikel 13-overeenkomsten soms ook zijn gebruikt om procedures af te spreken die beduidend onder het niveau van (de subsidiaire voorschriften bij) de richtlijn liggen. In die gevallen is de strategie achter de richtlijn minder geslaagd.¹⁰

De Nederlandse implementatiewet van de richtlijn, de Wet op de Europese ondernemingsraden (WEOR), werd vooral beschouwd als een instrument ter ondersteuning van de Nederlandse ondernemingsraad. De wetgever realiseerde zich de beperkingen van de WOR binnen internationale concerns en beschouwde de WEOR als een methode om de positie van de Nederlandse ondernemingsraad te versterken.¹¹ De Europese ondernemingsraad staat niet aan de top van de medezeggenschapsketen en lijkt in de Nederlandse verhoudingen zelfs in zekere mate ondergeschikt te zijn aan de nationale ondernemingsraad.

9. Heerma van Voss 2005.

10. Verburg 2007a, p. 85.

11. Kamerstukken II 1995-1996, 24 641, nr. 3, p. 14: “Heel pregnant geformuleerd beoogt dit wetsvoorstel gunstige voorwaarden te scheppen voor het functioneren van (centrale) ondernemingsraden van ondernemingen die deel uitmaken van multinationals die binnen het bereik van de richtlijn vallen.”

De WEOR is gewijzigd op 15 november 2011. De literatuur lijkt eensgezind in de conclusie dat het hier om een beperkte ingreep ging.¹² In dit hoofdstuk zal ik ingaan op de vraag of de rechten van de Europese ondernemingsraad uit de (gewijzigde) WEOR voldoende zijn om tegemoet te komen aan de beperkingen die de Nederlandse ondernemingsraad ondervindt in de uitoefening van zijn medezeggenschapsrechten in Nederlandse of buitenlandse internationale concerns. Voordat ik daaraan toekom, zal ik eerst de vraag behandelen jegens welke entiteit de Europese ondernemingsraad zijn rechten geldend kan maken.

2 Strategievorming door het hoofdbestuur

Op het eerste gezicht heeft de Europese ondernemingsraad beduidend sterkere mogelijkheden tot beïnvloeding van het strategisch beleid van het bestuur van de topholding¹³ dan de Nederlandse ondernemingsraad. Uit de wettelijke regeling, die ik later in dit onderdeel zal behandelen, volgt dat de Europese ondernemingsraad is ingesteld op het hoogste niveau van de onderneming of groep die opereert in de bij de richtlijn betrokken staten. De Nederlandse ondernemingsraad is zelden ingesteld op dat niveau: hij wordt bij Nederlandse internationale concerns vaak bewust op een lager niveau betrokken, teneinde zijn medezeggenschap te beperken tot uitsluitend Nederlandse aangelegenheden. Dat betekent in theorie dat de Europese ondernemingsraad dichter bij de internationale besluitvorming van het hoofdbestuur staat en daarop meer invloed kan uitoefenen. De vraag is of dat in de praktijk ook zo werkt.

2.1 *Het effect van de richtlijn*

Het effect van de richtlijn is betrekkelijk vaak geëvalueerd. Uit onderzoek blijkt dat in circa een derde van de ondernemingen die onder de reikwijdte van de richtlijn vallen een Europese ondernemingsraad is opgericht, die twee derde van de werknemers van die ondernemingen vertegenwoordigt.¹⁴ Vanwege de subsidiaire voorschriften leiden in de praktijk verreweg de meeste onderhandelingen tot oprichting van een Europese ondernemingsraad gebaseerd op een Europese ondernemingsovereenkomst. Het komt zelden voor dat onderhandelingen niet tot een overeenkomst leiden en de subsidiaire voorschriften van toepassing zijn, zo blijkt uit een evaluatie van de Europese Commissie.¹⁵ Uit

12. Lamers 2008, Verburg 2009c, Gerlach en Van Broeckhuijsen 2012 en Laagland 2012.

13. In dit hoofdstuk gebruik ik verder de term 'hoofdbestuur', in overeenstemming met de wettelijke definitie van artikel 1 lid 1 sub e WEOR.

14. Benchmarking working Europe, European Trade Union Institute (ETUI) 2007; zie ook Kamerstukken II 2010-2011, 32 705, nr. 3, p. 2.

15. Impact assessment van de Europese Commissie (SEC 2008, 2166), p. 38.

datzelfde onderzoek blijkt dat zowel bestuurders als werknemersvertegenwoordigers toegevoegde waarde zien in de Europese ondernemingsraad. Een meerderheid van bestuurders in ondernemingen waarin zo'n raad is ingesteld geeft te kennen dat de voordelen opwegen tegen de kosten. Het stelt hen in staat om informatie over de strategie en redenen voor belangrijke besluiten te delen met de werknemers. De Europese Commissie constateerde wel dat bij de toepassing van de richtlijn knelpunten zichtbaar werden, onder meer bestaande uit onvoldoende informatie en raadpleging bij belangrijke besluiten, een relatief klein aantal ondernemingen waarin een Europese ondernemingsraad is ingesteld, rechtsonzekerheid bij (interpretatie van) de bepalingen uit de richtlijn en onvoldoende samenhang tussen de verschillende richtlijnen over medezeggenschap van werknemers.

Uit onderzoek naar het functioneren van de Europese ondernemingsraad in Nederland blijkt dat het nalevingspercentage zich boven het Europese gemiddelde bevindt: ruwweg de helft van Nederlandse concerns met een communautaire dimensie heeft een Europese ondernemingsraad. Ook dit onderzoek laat knelpunten zien. Vooral de communicatie binnen de Europese ondernemingsraad en met zijn achterban is een moeizaam proces; werknemers zijn niet met het bestaan van de Europese ondernemingsraad bekend of zijn er nauwelijks in geïnteresseerd.¹⁶ De meest voorkomende klacht van Europese ondernemingsraden is dat ze niet of te laat worden geïnformeerd of geraadpleegd. Hun effectiviteit als middel om invloed op het beleid uit te oefenen werd in een grote meerderheid van de ondernemingen als gering gekwalificeerd. Het overleg tussen de Europese ondernemingsraad en het hoofdbestuur kent een relatief geringe frequentie van 2,5 bijeenkomsten per jaar.

Dit beeld strookt met hetgeen naar voren kwam in gesprekken die ik met vertegenwoordigers van enkele internationale concerns voerde. Het hoofdbestuur is in het algemeen niet bereid tot overleg met de Europese ondernemingsraad totdat het besluitvormingsproces nagenoeg voltooid is. Hetzelfde geldt voor het contact met de raad van commissarissen: zijn leden spreken pas met de Europese ondernemingsraad wanneer de besluitvorming in hoofdlijnen op orde is. Naast de geringe bekendheid met het bestaan van de Europese ondernemingsraad werden vaak het relatief lage opleidingsniveau van de leden en het geringe vermogen tot strategisch denken genoemd. Het functioneren van het beperkte comité van de Europese ondernemingsraad is daarom van belang: dit comité vormt vaak een buffer tussen het hoofdbestuur en de (voltallige) raad. Bij belangrijke strategische besluiten krijgt hij vaak de gelegenheid een opinie te geven, maar het hoofdbestuur vindt dit niet strikt noodzakelijk. De waarde van (de opinie van) de Europese ondernemingsraad ligt vooral in het

16. Stoop e.a. 2008, p. 13. Zie ook Van het Kaar en Smit 2006, p. 130-139.

HOOFDSTUK 5

verkrijgen van draagvlak en de communicatie met werknemers; zijn invloed op het strategisch beleid is geregeld vrijwel nihil.

2.2 *De communautaire onderneming of groep*

Het functioneren van de Europese ondernemingsraad kan mede afhangen van de juridische positie die hij inneemt in het concern. Het onderscheid dat ik in het vorige hoofdstuk maakte tussen Nederlandse en buitenlandse internationale concerns is hier minder bruikbaar, nu voor de Europese medezeggenschap (uitsluitend) de communautaire dimensie van belang is. Ik spreek hierna wel over de ‘Nederlandse’ en de ‘buitenlandse’ Europese ondernemingsraad. Met dat eerste bedoel ik de Europese ondernemingsraad die is ingesteld bij een in Nederland gevestigd Europees concern. Ik sluit hierna voorts aan bij de in de WEOR gebruikte termen ‘communautaire onderneming’ en ‘communautaire groep’.¹⁷ Evenals in de WOR gaat het hier om begrippen die niet samenvallen met de rechtspersonen die een communautaire onderneming of groep drijven, maar die een eigen betekenis hebben.

Voor een communautaire onderneming (artikel 1 lid 1 sub c WEOR) gelden drie cumulatieve criteria:

1. In alle vestigingen binnen de lidstaten moeten tezamen ten minste 1000 werknemers werken (getalscriterium).
2. Ten minste twee vestigingen moeten in ten minste twee verschillende lidstaten gevestigd zijn (spreidingscriterium).
3. In ten minste twee lidstaten moeten ten minste 150 werknemers werken (getalscriterium en spreidingscriterium).

Voor de communautaire groep (artikel 1 lid 1 sub d WEOR) gelden eveneens drie cumulatieve criteria:

1. In alle tot de groep behorende ondernemingen binnen de lidstaten moeten tezamen ten minste 1000 werknemers werken (getalscriterium).
2. Ten minste twee ondernemingen moeten in ten minste twee verschillende lidstaten gevestigd zijn (spreidingscriterium).
3. In ten minste twee lidstaten moeten ten minste 150 werknemers werken, behorend tot twee verschillende ondernemingen (getalscriterium en spreidingscriterium).

Het onderscheid tussen communautaire onderneming en communautaire groep lijkt vooral te zijn gelegen in de juridische zelfstandigheid van de ondernemingen

17. De richtlijn gebruikt voor dat laatste de term ‘concern’.

in de lidstaten: als het gaat om filialen of businessunits (vestigingen) zal het een communautaire onderneming betreffen; zijn onder de moederonderneming dochterondernemingen geplaatst, dan gaat het om een communautaire groep. Die laatste variant komt in de praktijk het meest voor.

Volgens Peters¹⁸ ligt het verschil tussen de twee vormen vooral in de tellings-systematiek, die op het volgende neerkomt: (1) bij communautaire ondernemingen worden de werknemers in alle vestigingen van de onderneming binnen één lidstaat samengeteld; (2) bij communautaire groepen worden de werknemers in alle vestigingen van een dochteronderneming binnen één lidstaat eveneens samengeteld, maar werknemers in de dochterondernemingen in één lidstaat niet. Anders gezegd: voor de telling van een communautaire onderneming voldoet een onderneming met 150 werknemers in verschillende lidstaten steeds aan het wettelijk criterium, ook al zijn de werknemers over vele filialen verdeeld. Daarentegen voldoet een groep met 150 werknemers in de ene lidstaat en 150 werknemers in een andere lidstaat niet aan het wettelijk criterium indien de werknemers in een lidstaat zijn ondergebracht in verschillende dochterondernemingen met minder dan 150 werknemers.

Er is sprake van een communautaire groep indien er een moederonderneming is die over één of meer andere ondernemingen, volgens de criteria van artikel 2 WEOR, overheersende zeggenschap kan uitoefenen. De definitie van het begrip ‘moederonderneming’ is evenmin geheel duidelijk. De *moederonderneming* wordt in de wet gedefinieerd als een onderneming die binnen een communautaire *groep* overheersende zeggenschap kan uitoefenen op een andere onderneming. Een communautaire *groep* wordt vervolgens gedefinieerd als het geheel van ondernemingen, bestaande uit een *moederonderneming* en de ondernemingen waarover zij de zeggenschap uitoefent. Breek en Slotboom¹⁹ wijzen erop dat hier sprake is van een cirkelredenering, waardoor niet kan worden vastgesteld welke onderneming de overheersende zeggenschap heeft. Het gehanteerde begrip ‘moederonderneming’ past daarnaast niet in het systeem van de WOR en is daarom verwarrend.

Er kan dus discussie ontstaan over de vraag op welk niveau binnen het concern de Europese ondernemingsraad moet worden ingesteld. Artikel 2 lid 7 van de WEOR probeert hieraan tegemoet te komen door te bepalen dat, indien meer dan één onderneming aan de criteria voldoet, het benoemingsrecht van het leidinggevend orgaan de voorrang heeft. Wanneer dat niet leidt tot aanwijzing van de moederonderneming, prevaleert de zeggenschap door het bezit van meer dan de helft van de stemrechten in de algemene vergadering van de andere

18. Peters 2006, p. 186.

19. Breek en Slotboom 1996.

HOOFDSTUK 5

onderneming boven de meerderheid van het geplaatste kapitaal in de andere onderneming.²⁰

De onduidelijkheid kan groter worden wanneer de moederonderneming haar woonplaats of zetel buiten de lidstaten heeft. Ik noem dit de ‘buitencommunautaire groep’. In dat geval kan zij het bestuur van een groepsonderneming met woonplaats of zetel binnen de lidstaten als haar vertegenwoordiger aanwijzen. Als ze geen vertegenwoordiger aanwijst, wordt het bestuur van de groepsonderneming met het grootste aantal werknemers binnen één lidstaat geacht als vertegenwoordiger te fungeren. Buijs²¹ wijst op de problemen die kunnen ontstaan wanneer een – bijvoorbeeld – in de Verenigde Staten gevestigde moederonderneming niet van ondernemingsraden houdt en geen enkele daad wenst te verrichten die leidt tot haar vertegenwoordiging buiten dat land, althans geen enkele daad die gericht is op informatie en raadpleging van de Europese werknemers. Dan is het denkbaar dat die Amerikaanse moeder een vertegenwoordiger aanwijst die niet de overheersende invloed uitoefent binnen de groep, of de lidstaat kiest met het gemakkelijkste regime van Europese medezeggenschap.

De WEOR geeft de buitencommunautaire groep zo de mogelijkheid om te ‘shoppen’. Het zal de richtlijn waarschijnlijk gaan om de hoogste onderneming in de groep, maar de WEOR werkt dit principe niet dwingend uit. Daarnaast biedt de wet geen oplossing wanneer er geen duidelijke Europese moederonderneming binnen de buitencommunautaire groep aan te wijzen valt die als hoogste in de keten kan worden geplaatst. De vrijheid van de moederonderneming tot aanwijzing van een vertegenwoordiger met een ondergeschikt belang binnen de groep in Europa is dan zo mogelijk nog groter.

2.3 *Geschillen over oprichting van een Europese ondernemingsraad*

De vaagheid van de zojuist behandelde definities heeft geleid tot drie uitspraken van het Hof van Justitie die het gevolg waren van onwilligheid van het hoofdbestuur om werknemers in staat te stellen het onderhandelingsproces voor een Europese ondernemingsraad te beginnen.

De eerste uitspraak betrof een geschil tussen het bestuur en de ondernemingsraad van de Duitse onderneming Bofrost.²² Het bestuur weigerde te voldoen aan het verzoek van de raad om informatie te verstrekken over de mogelijkheden een Europese ondernemingsraad op te richten, onder meer stellende dat

20. Zie verder Lamers 1997, p. 129.

21. Buijs 1997, p. 69.

22. HvJ EG 29 maart 2001, JOR 2001/143 m.nt. Van het Kaar en m.nt. Konijn in SR 2001-5.

de onderneming niet kon worden gekwalificeerd als moederonderneming van een communautaire groep in de zin van (de Duitse implementatiewet van) de richtlijn. De Duitse rechter stelde drie prejudiciële vragen. De eerste was of de richtlijn zo moest worden uitgelegd, dat het daarin neergelegde recht op informatie reeds bestaat wanneer nog niet vaststaat of er binnen de groep een zeggenschap uitoefenende onderneming is, en er dus ook nog geen hoofdbestuur is. De tweede en de derde vraag betroffen de omvang van de informatieplicht, te weten of die ook inhield dat de ondernemingsraad van de om informatie verzochte onderneming gegevens kon verlangen die aan het vermoeden van artikel 3 lid 2 van de richtlijn ten grondslag liggen, en of die mede het recht voor de raad omvat om van de onderneming overlegging van stukken te verlangen die deze informatie verduidelijken.

Bij de beantwoording van de eerste vraag wees het Hof van Justitie op het belang van het nuttig effect van de richtlijn, dat vereist dat de betrokken werknemers toegang hebben tot al die informatie op grond waarvan zij kunnen beoordelen of zij aanspraak kunnen maken op de opening van onderhandelingen. Het informatierecht bestaat dus al voordat vaststaat dat er binnen het concern een zeggenschap uitoefenende onderneming is. Het nuttig effect stond ook bij de beantwoording van de tweede en de derde vraag centraal. De reikwijdte van de informatie en de wijze van presentatie aan de werknemers worden bepaald door het doel van de richtlijn. Dat kan betekenen dat informatie over zeggenschapsverhoudingen moet worden overgelegd en dat stukken kunnen worden gevorderd.

De tweede uitspraak betrof een geschil tussen het bestuur en de ondernemingsraad van de Duitse onderneming Kühne & Nagel over de aanwijzing van een vertegenwoordiger van de moederonderneming van een buitencommunautaire groep (Kühne & Nagel is een in Zwitserland gevestigd concern).²³ De onderneming van Kühne & Nagel in Duitsland was binnen het concern de onderneming met het grootste aantal werknemers in een lidstaat (het 'fictieve hoofdbestuur'). Het fictieve hoofdbestuur betwistte niet dat de verplichting bestond de informatie aan de ondernemingsraad te verstrekken, maar verklaarde dat het die verplichting niet kon nakomen, omdat het hoofdbestuur in Zwitserland zich niet aan het gemeenschapsrecht gebonden achtte en weigerde relevante informatie te verschaffen.

Het Hof van Justitie oordeelde dat het hoofdbestuur van een buitencommunautaire groep op zichzelf gemakkelijk aan de informatieverplichtingen kan voldoen, maar dat het fictieve hoofdbestuur niet noodzakelijkerwijs over deze informatie beschikt. Dit bestuur is normaal gesproken niet in staat om deze

23. HvJ EG 13 januari 2004, JOR 2004/34 m.nt. Vossestein.

informatie van andere tot het concern behorende ondernemingen te verkrijgen. De richtlijn moet daarom zo worden uitgelegd dat dit fictieve hoofdbestuur verplicht is de andere ondernemingen die in de lidstaat gelegen zijn, te vragen om de informatie die noodzakelijk is voor de opening van onderhandelingen tot instelling van een Europese ondernemingsraad. Die andere ondernemingen zijn verplicht om het fictieve hoofdbestuur de relevante informatie waarover zij kunnen beschikken te verschaffen.

In de derde uitspraak van het Hof van Justitie ging het – weer – om een Duitse ondernemingsraad, verbonden aan een dochteronderneming van het in Zwitserland gevestigde concern Anker.²⁴ Het verschil met de zaak Kühne & Nagel was dat de Duitse dochter niet kon worden beschouwd als de onderneming met het grootste aantal werknemers in een lidstaat: het fictieve hoofdbestuur was verbonden aan een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochter, terwijl de Nederlandse dochtervennootschap Anker B.V. aan de top van het concern binnen de Europese Unie stond en alle aandelen hield van de ondernemingen in Duitsland, Zweden, Noorwegen, Denemarken, Finland, het Verenigd Koninkrijk, Oostenrijk, Frankrijk, België en Hongarije. De procedure speelde in Duitsland omdat, volgens Dorssemont, de leden van de Duitse ondernemingsraad een voortrekkersrol wilden spelen.²⁵ De werknemers hadden hun verzoek om informatie dus niet bij het (fictieve) hoofdbestuur ingediend, maar bij de Duitse onderneming waarover zeggenschap werd uitgeoefend. Het bestuur van de Duitse dochter antwoordde dat het niet aan het verzoek kon voldoen omdat, kort samengevat, het hoofdbestuur weigerde de gevraagde informatie te verstrekken.

Het Hof van Justitie herhaalde dat, wil de richtlijn nuttig effect hebben, de betrokken werknemers toegang moeten hebben tot bepaalde informatie om te kunnen beoordelen of ze recht hebben op de opening van de onderhandelingen tussen het hoofdbestuur en de werknemersvertegenwoordigers. Het is aan het (al dan niet fictieve) hoofdbestuur om in de middelen te voorzien die nodig zijn voor de instelling van een Europese ondernemingsraad. De verplichtingen die volgens de richtlijn op dat bestuur rusten, moeten zo worden uitgelegd, dat ze zowel de verplichting omvatten om (1) de informatie die onontbeerlijk is voor de opening van de onderhandelingen voor de instelling van een Europese

24. HvJ EG 15 juli 2004, JOR 2004/267 m.nt. Vossestein. Volgens Waas is het opvallend dat de drie uitspraken van het Hof van Justitie over de interpretatie van de richtlijn alle voortvloeiden uit in Duitsland aanhangig gemaakte geschillen. Hij vraag zich af of dat komt doordat Duitse rechters zich specifiek van het belang van medezeggenschapsrechten van werknemers bewust zijn. Ik voeg daaraan toe dat dit ook een gevolg kan zijn van de strijdbaarheid van Duitse ondernemingsraden, die klaarblijkelijk bereid zijn dit soort geschillen uit te procederen (Waas 2005).

25. Dorssemont 2004, p. 92.

ondernemingsraad *rechtstreeks* aan de werknemersvertegenwoordigers te verstrekken, als (2) deze informatie aan hen te verstrekken via de onderneming van het concern waaraan zij hun verzoek om informatie het eerst hebben voorgelegd. Uit de norm van het nuttig effect van de richtlijn volgt dus dat werknemersvertegenwoordigers de benodigde informatie ook indirect aan hun eigen werkgever kunnen vragen.

Dorssement wijst erop dat het Hof van Justitie niet de vraag beantwoordt wat rechtens is wanneer het hoofdbestuur weigert om bepaalde informatie aan de dochter door te spelen. Hij neemt aan dat werknemersvertegenwoordigers dan in een kort geding van de dochter zullen vorderen dat bepaalde informatie wordt verstrekt, onder verbeurte van een dwangsom. De vraag is dan of de lokale dochteronderneming zich kan verschuilen achter de weigering van de moeder om aan haar aansprakelijkheid te ontkomen.

Voor de beantwoording van die vraag is van belang dat de WEOR in 2011 is aangepast om de zojuist besproken jurisprudentie van het Hof van Justitie te codificeren. Artikel 4 lid 9 WEOR bepaalt dat de werkgever desgevraagd verplicht is aan werknemers of hun vertegenwoordigers alle gegevens te verschaffen die nodig zijn voor de opening van de onderhandelingen. Dit omvat in ieder geval de aantallen werknemers en de spreiding daarvan over de betrokken staten. Volgens artikel 7 WEOR dient een communautaire onderneming of de moederonderneming de informatie uit eigen beweging te verstrekken. Die verplichting geldt ook indien na de instelling van de bijzondere onderhandelingsgroep belangrijke wijzigingen optreden in deze gegevens. Met de introductie van deze bepalingen is een aantal vragen over de omvang van de te verstrekken concerninformatie beantwoord.

De positie van de buitencommunautaire moederonderneming wordt met die bepalingen niet (rechtstreeks) geraakt. Wat kunnen Nederlandse werknemers doen wanneer deze moederonderneming volhardt in haar weigering de relevante informatie te verstrekken aan het fictieve hoofdbestuur, zoals in de zaak Kühne & Nagel? Het obstakel dat ik zie is dat uit de uitspraak in die zaak een beperking van de mogelijkheden tot het opvragen van concerninformatie lijkt te volgen. Het Hof van Justitie besliste namelijk dat het fictieve hoofdbestuur, wanneer het buitencommunautaire hoofdbestuur de relevante informatie niet ter beschikking stelt, uitsluitend verplicht is bij de andere in de lidstaten gelegen ondernemingen van het concern de noodzakelijke informatie op te vragen. Die verplichting strekt zich niet uit tot de buitencommunautaire moederonderneming. Werknemers die informatieverstrekking willen afdwingen, zullen dat langs de band van de dochteronderneming moeten doen.

HOOFDSTUK 5

Volgens artikel 5 WEOR kan iedere belanghebbende naleving verzoeken van hetgeen bij wet is bepaald bij de Ondernemingskamer. De Ondernemingskamer kan een bevel tot naleving met een dwangsom versterken.²⁶ Het verweer van de Nederlandse dochteronderneming dat zij niet door de buitencommunautaire moederonderneming tot naleving in staat wordt gesteld zal mijns inziens geen doel treffen, nu dit in de zaak Kühne & Nagel reeds door het Hof van Justitie werd gepasseerd. Naar mijn mening volgt uit de nadruk die het Hof van Justitie heeft gelegd op het nuttig effect van de richtlijn en de in Nederland toepasselijke leer van informatieverstrekking in concerns, dat ook de buitencommunautaire moeder, langs de band van de Nederlandse dochteronderneming, tot naleving kan worden aangesproken. Het lijkt mij onwaarschijnlijk dat de buitencommunautaire moeder in haar weigering informatie te verstrekken volhardt wanneer de Nederlandse dochter met dwangsommen wordt geconfronteerd. In het uiterste geval zou de Europese ondernemingsraad, in samenwerking met de vakorganisaties, kunnen proberen om langs de band van het enquêterecht tot dieper ingrijpen in de Nederlandse dochteronderneming te komen. In dat scenario wordt de moederonderneming indirect gedwongen informatie te verstrekken via (ingrijpen in) de dochteronderneming, ook als de moederonderneming zich buiten het territoire van de Europese Unie en de Europese Economische Ruimte bevindt.

Deze overwegingen betreffen nog maar de beginfase van het proces van Europese medezeggenschap, wanneer nog geen Europese ondernemingsraad is opgericht. Als dit wel het geval is en er een Europese ondernemingsovereenkomst is gesloten, bepalen de artikelen 11 en 24 WEOR dat het hoofdbestuur van de communautaire onderneming of groep instaat voor de naleving van de rechten en verplichtingen die in de overeenkomst zijn opgenomen. Die regeling is van belang wanneer uitvoering van de Europese ondernemingsovereenkomst mede afhangt van andere dan de contractspartijen (bijvoorbeeld groepsondernemingen); dan kan het hoofdbestuur op zijn zorgplicht worden aangesproken. De inhoud van de verplichtingen van het hoofdbestuur wordt dan bepaald door hetgeen de partijen in de Europese ondernemingsovereenkomst hebben afgesproken. Ik zal dit nu uitwerken.

3 Informatie en raadpleging

De kern van de WEOR ligt in de informatieverstrekking aan en raadpleging van werknemers in Nederlandse communautaire ondernemingen en groepen. Deze verplichtingen zijn na de wijziging van de richtlijn verduidelijkt.

26. Kamerstukken II 1995-1996, 24 641, nr. 6, p. 13.

Artikel 1 lid 4 onder g WEOR omschrijft informatieverstrekking als volgt: “het verstrekken van gegevens over grensoverschrijdende aangelegenheden door het hoofdbestuur of een ander passender bestuursniveau aan werknemersvertegenwoordigers, op een zodanig tijdstip, op een zodanige wijze en met een zodanige inhoud dat werknemersvertegenwoordigers zich een grondig oordeel kunnen vormen over de gevolgen en, desgewenst, raadpleging met het hoofdbestuur of een ander passender bestuursniveau kunnen voorbereiden.”

De werknemersvertegenwoordigers moeten zich dus een ‘grondig oordeel’ kunnen vormen over de gevolgen van voorgestelde strategische besluiten. Hiervoor is het nodig dat zij kennis kunnen nemen van het onderwerp en het kunnen bestuderen. Het doel van deze definitie is om ervoor te zorgen dat werknemersvertegenwoordigers vroegtijdig in het besluitvormingsproces worden betrokken.²⁷ Hierdoor kan de informatie dienen als voorbereiding voor een eventuele raadpleging.

Deze raadpleging wordt onder artikel 1 lid 4 onder h WEOR als volgt gedefinieerd: “het instellen van een dialoog en de uitwisseling van standpunten over voorgestelde maatregelen tussen het hoofdbestuur of een ander passender bestuursniveau en werknemersvertegenwoordigers, op een zodanig tijdstip, op een zodanige wijze en met een zodanige inhoud dat werknemersvertegenwoordigers in staat zijn op basis van de verstrekte informatie over voorgestelde maatregelen ten aanzien van grensoverschrijdende aangelegenheden waarmee de raadpleging verband houdt, binnen een redelijke termijn advies uit te brengen, waarmee rekening kan worden gehouden bij het nemen van het besluit.” De raadpleging van werknemersvertegenwoordigers geschiedt dus op basis van de verstrekte informatie over de voorgestelde maatregelen.

3.1 De Europese ondernemingsovereenkomst

Hoe partijen het proces inrichten, kunnen zij in de Europese ondernemingsovereenkomst zelf regelen, mits voldaan wordt aan de voorschriften die in de zojuist aangehaalde definities worden genoemd. Dit volgt uit het contractsmodel, dat de essentie vormt van de regeling over de Europese ondernemingsraad: partijen hebben een grote mate van vrijheid om hun samenwerking zelf in te richten. De onderhandelingen voorafgaand aan en de formulering van de bepalingen in de Europese ondernemingsovereenkomst zijn dus voor het functioneren van de Europese ondernemingsraad van cruciaal belang.²⁸ Als

27. Kamerstukken II 2010-2011, 32 705, nr. 3, p. 14. Stoop e.a. 2011, p. 153 e.v. geven suggesties over hoe Europese ondernemingsraden dit in de praktijk kunnen brengen.

28. Zie voor een overzicht van de in de Europese ondernemingsovereenkomst meest voorkomende bepalingen Lamers 2007, p. 164-177.

ze niet (tijdig) tot resultaat leiden, wordt teruggevallen op de subsidiaire voorschriften. Het komt in de praktijk weinig voor dat partijen genoodzaakt zijn deze voorschriften toe te passen, maar ze spelen een belangrijke rol, omdat ze vaak leidraad zijn bij de (her)onderhandelingen over de Europese ondernemingsovereenkomst.²⁹ Sinds de wijziging van de richtlijn verplicht artikel 4 lid 8 WEOR de Europese ondernemingsraad er overigens toe om de inhoud van de informatie- en raadplegingsprocedures mede te delen aan de nationale werknemersvertegenwoordigers of, indien die er niet zijn, aan de werknemers zelf. Bij dit achterbanoverleg moet wel rekening worden gehouden met eventueel opgelegde geheimhouding.³⁰

Het moment van informatie en raadpleging dient zodanig te zijn dat dit een nuttig effect kan hebben en van invloed kan zijn op de besluitvorming. Volgens Gerlach en Van Broeckhuijsen³¹ is dit moment vergelijkbaar met het criterium van wezenlijke invloed van artikel 25 WOR. Ik ben het met hen eens dat informatie en raadpleging moeten plaatsvinden in de fase dat er nog sprake is van een voorgenomen besluit en niet slechts van de uitvoering van reeds genomen besluiten.³² In de zaak Renault besliste de Franse rechter in 1997 dat de sociale dialoog vooraf dient te gaan aan het besluit tot sluiting van een vestiging met aanzienlijke gevolgen voor de belangen van werknemers.³³ Dit volgt mede uit de tekst van de definitie van het begrip ‘raadpleging’, waarin is bepaald dat werknemers over de “voorgestelde maatregelen” binnen een redelijke termijn advies moeten kunnen uitbrengen, waarmee rekening kan worden genomen “bij het nemen van het besluit”. Het gaat dus om voorgestelde maatregelen, die zich in een stadium bevinden waarin ze nog kunnen worden aangepast aan de hand van het advies van de Europese ondernemingsraad.

Volgens de subsidiaire voorschriften vallen de informatie- en raadplegingsverplichtingen in twee delen uiteen: een reguliere en een bijzondere verplichting tot consultatie. De reguliere informatieverstrekking aan de Europese ondernemingsraad betreft in ieder geval: (1) de structuur, de economische en financiële situatie, de vermoedelijke ontwikkeling van de activiteiten, de productie en de afzet van de communautaire onderneming of groep; en (2) de stand en de vermoedelijke ontwikkeling van de werkgelegenheid, de investeringen, wezenlijke veranderingen in de organisatie, de invoering van nieuwe werkmethoden of productieprocessen, de zorg voor het milieu, fusie, of

29. Kamerstukken II 2010-2011, 32 705, nr. 6, p. 4.

30. Kamerstukken II 2010-2011, 32 705, nr. 3, p. 16.

31. Gerlach en Van Broeckhuijsen 2012.

32. Anders: Sanders 1995, die destijds meende dat uit het gegeven dat de Europese ondernemingsraad wordt geraadpleegd over maatregelen die van invloed zijn op de belangen van werknemers, volgde dat het besluit tot die maatregelen dan al genomen was.

33. Zie over deze zaak uitgebreid Dorssemont en Jaspers 1999.

inkrimping van de ondernemingen, vestigingen of belangrijke onderdelen daarvan.³⁴ Het hoofdbestuur en de Europese ondernemingsraad komen voorts ten minste één maal per jaar in vergadering bijeen. In de vergadering wordt de raad in een door het hoofdbestuur opgesteld schriftelijk rapport geïnformeerd en geraadpleegd over de ontwikkeling van de activiteiten en de vooruitzichten van de communautaire onderneming of groep.³⁵

In bijzondere omstandigheden gelden aanvullende consultatieverplichtingen. Het hoofdbestuur dient de Europese ondernemingsraad of het beperkte comité zo spoedig mogelijk in te lichten over alle bijzondere omstandigheden en voorgenomen besluiten die aanzienlijke gevolgen hebben voor de belangen van werknemers, in het bijzonder over verplaatsing of sluiting van ondernemingen of collectief ontslag.³⁶ De raadpleging van de Europese ondernemingsraad verloopt op zodanige wijze dat deze met het hoofdbestuur of een ander passender bestuursniveau binnen de communautaire onderneming of groep met een eigen beslissingsbevoegdheid over de te behandelen onderwerpen bijeen kan komen en een met redenen omkleed antwoord op zijn adviezen kan krijgen.³⁷

De wet gebruikt hier overigens het woord ‘advies’, net als in de definitie van ‘raadpleging’ onder artikel 1 lid 4 onder h WEOR. Dit advies kan niet worden vergeleken met het advies van de ondernemingsraad in artikel 25 WOR. Dit betekent dat het besluit – ondanks een negatief advies van de Europese ondernemingsraad – kan worden genomen zonder dat een rechter de over en weer aangevoerde argumenten kan toetsen.³⁸ In de Europese ondernemings-overeenkomst kan worden geregeld op welke wijze het hoofdbestuur gehouden is met het advies van de Europese ondernemingsraad rekening te houden, maar in zijn algemeenheid geldt dat het hoofdbestuur niet verplicht is om inhoudelijk en met redenen omkleed te reageren op een uitgebracht advies van de Europese ondernemingsraad.³⁹

Voor informatie en raadpleging is vereist dat het om grensoverschrijdende aangelegenheden gaat, dat wil zeggen kwesties die voor de gehele communautaire onderneming of groep van belang zijn, of voor ten minste twee ondernemingen of vestigingen daarvan in twee verschillende betrokken staten.⁴⁰ In de parlementaire geschiedenis valt te lezen dat ook een aangelegenheid waarbij

34. Artikel 19 lid 1 WEOR, aangepast na wijziging van de richtlijn.

35. Artikel 19 lid 4 WEOR.

36. Artikel 19 lid 2 WEOR, aangepast na wijziging van de richtlijn.

37. Artikel 19 lid 3 WEOR, aangepast na wijziging van de richtlijn.

38. Kamerstukken II 1995-1996, 24 641, nr. 3, p. 36.

39. Kamerstukken II 2010-2011, 32 705, nr. 6, p. 4.

40. Artikel 1 lid 1 sub e WEOR, aangepast na wijziging van de richtlijn.

slechts één lidstaat betrokken is grensoverschrijdend kan zijn en dus onder de bevoegdheid van de Europese ondernemingsraad kan vallen. Een voorwaarde daarbij is dat die aangelegenheid voor de gehele onderneming of groep van belang is. Wanneer bijvoorbeeld het sluiten van een bedrijfsonderdeel in één lidstaat gevolgen heeft voor relatief veel Europese werknemers, zal dit een grensoverschrijdende aangelegenheid zijn. Het aantal lidstaten dat door het strategisch besluit wordt geraakt is dus niet van doorslaggevend belang.⁴¹

3.2 *De samenwerking tussen Europese en Nederlandse ondernemingsraden*

In de literatuur is gedebatteerd over de vraag hoe raadpleging van de Europese ondernemingsraad de Nederlandse ondernemingsraad kan ondersteunen. Lamers⁴² wijst erop dat de Europese ondernemingsraad recht heeft op verkrijging van informatie over het concernbeleid van de topholding, waar de Nederlandse ondernemingsraad deze volgens de WOR niet heeft of moeilijk kan afdwingen. De WEOR bevat verder geen bepalingen die de afstemming betreffen tussen de Europese en de Nederlandse medezeggenschapsprocedures, afgezien van de verplichting van de Europese ondernemingsraad om de door hem verkregen informatie met de Nederlandse ondernemingsraad te delen.

De mogelijkheid voor de Europese ondernemingsraad om informatie over beleid van de hele communautaire onderneming of groep te verkrijgen, lijkt dus de belangrijkste vorm van steun aan de Nederlandse ondernemingsraad te zijn. De wetgever heeft er geen misverstand over laten bestaan dat de rechten van de Nederlandse raad sterker zijn.⁴³ De rol van de Europese ondernemingsraad is die van ondersteuner van de Nederlandse raad; deze draagt zo een specifiek Nederlands karakter en lijkt zich soms wat moeilijk te verhouden tot de bredere en internationalere taak die de Europese ondernemingsraad vervult. In landen waar lokale ondernemingsraden een beroepsrecht vergelijkbaar met artikel 26 WOR ontberen, zal de Europese ondernemingsraad niet snel als ondersteunend orgaan van de lokale ondernemingsraad worden gezien.⁴⁴

41. Kamerstukken I 2011-2012, 32 705, B, p. 1.

42. Lamers 1997, p. 113.

43. Kamerstukken II 1995-1996, 24 641, nr. 3, p. 11.

44. Ik kan begrip opbrengen voor Slagter, die ervan uitging dat de Europese ondernemingsraad juist een hogere vorm van medezeggenschap vertegenwoordigde en zo de positie van de Nederlandse ondernemingsraad zou kunnen ondermijnen (Slagter 1994). Een dergelijke medezeggenschapsrechtelijke hiërarchie ontbreekt en ik ben het met Verburg eens dat de kansen van de Nederlandse ondernemingsraad in een beroepsprocedure nauwelijks beïnvloed behoren te worden door de opstelling van de Europese ondernemingsraad (Verburg 2007, p. 266).

4 Geschillen over informatie en raadpleging

Over de toepassing van de uit de richtlijn voortvloeiende informatie- en raadplegingsprocedure wordt weinig geprocedeerd; in Nederland is dit in het geheel nog niet voorgekomen. Het is daarom nuttig om te kijken naar de procedures die door (Europese) ondernemingsraden voor de buitenlandse rechters zijn gevoerd. Anders dan de jurisprudentie van het Hof van Justitie die ik eerder in dit hoofdstuk behandelde, gaat het bij deze uitspraken van verschillende nationale rechters niet langer om het voorstadium van de oprichting van de Europese ondernemingsraad, maar om gevallen waarin deze al bestaat en werknemers met het hoofdbestuur van mening verschillen over de toepassing van de informatie- en raadplegingsverplichtingen uit de richtlijn, of de tussen hen gesloten Europese ondernemingsovereenkomst.

In 2007 gaf Verburg een uitgebreid overzicht van drie tot dan toe verschenen uitspraken op dit terrein. Ik verwijs naar deze publicatie voor een gedetailleerde weergave van de feiten en geef een korte samenvatting daarvan, omdat deze voor de hierna te bespreken uitspraken van belang zijn.⁴⁵

4.1 *Procedures voor de buitenlandse rechter*

In de eerste zaak ging het om de voorgenomen fusie tussen Gaz de France en Société Suez, aangekondigd bij persbericht van 25 februari 2006. Nadat het enige tijd stil was gebleven, werd de Europese ondernemingsraad in oktober 2006 geconsulteerd op een wijze die hij als onvoldoende kwalificeerde: informatie over de precieze contouren van de personele consequenties ontbrak en werd te laat aangeleverd. Op 15 november oordeelde de Europese ondernemingsraad in een resolutie dat sprake was geweest van strijd met de verplichting tot informatieverschaffing over de gevolgen van de fusie voor de medewerkers, vooral over het risico van een overlap in functies bij de verschillende groepsmaatschappijen. De resolutie voorzag in een opdracht aan twee externe bureaus om hierover te rapporteren en de Europese ondernemingsraad hield zijn advies aan. Op diezelfde dag begon de raad een kort geding bij het Tribunal de Grande Instance van Parijs om opschorting van het besluitvormingsproces te vorderen, mede nu het bestuur van Gaz de France op 22 november over de voorgenomen fusie zou vergaderen. Dit leidde tot een vonnis op 21 november 2006.

De vordering van de Europese ondernemingsraad werd toegewezen: de rechter oordeelde dat informatie te laat en onvolledig was verstrekt en dat de opdracht aan de externe bureaus terecht was gegeven. Gaz de France werd bevolen om

45. Verburg 2007a.

HOOFDSTUK 5

de bestuursvergadering aan te houden tot het moment waarop de Europese ondernemingsraad een advies over het fusieproces had kunnen geven, versterkt met een dwangsom. Het Cour d'Appel van Parijs liet dit oordeel in hoger beroep bij arrest van dezelfde dag (21 november 2006) in stand, ondanks de stelling van Gaz de France dat uitstel van de bestuursvergadering zou leiden tot het verplaatsen van de aandeelhoudersvergadering, waardoor het gehele fusieproces in gevaar kwam. Het Cour d'Appel wees op de bepaling uit de Europese ondernemingsovereenkomst, waarin stond dat partijen bij bijzondere situaties met aanzienlijke gevolgen voor de werknemers bijeen zouden komen op een zodanig moment dat opvattingen van de Europese ondernemingsraad nog in het besluitvormingsproces konden worden meegenomen. Daaruit volgde dat er gelegenheid moest zijn om de verkregen informatie te verwerken en een advies uit te brengen vóór het moment waarop het besluit werd genomen.

In de tweede door Verburg besproken zaak werd wederom een vordering van de Europese ondernemingsraad in kort geding tot opschorting van de besluitvorming toegewezen. Het ging om beschikkingen van de Arbeidsrechtbank van Brussel van 6 december 2006 en 23 januari 2007, die zich richtten tegen een besluit van British Airways tot de overdracht van de klantendienst op de luchthaven van Wenen aan een derde partij. Dit besluit bleek onderdeel te zijn van een meeromvattend Europees plan van British Airways om de klantendiensten uit te besteden. Uit de in de procedure overgelegde stukken bleek dat er een overzicht bestond van dit herstructureringsprogramma, waarbij de afhandeling in de diverse Europese landen in verschillende fases en met gedetailleerde plannen werd herzien.

De Belgische rechter overwoog, met een verwijzing naar het fundamentele belang van informatie en consultatie, dat een herstructurering in één land een transnationaal karakter kan hebben indien de beslissing wordt genomen in een andere lidstaat. Aangezien deze achterwege was gebleven, diende British Airways een correcte en volledige informatie- en raadplegingsprocedure met de Europese ondernemingsraad te starten over de overdracht van de klantendienst en voorts aan alle verplichtingen te voldoen die voortvloeiden uit de met hem gesloten Europese ondernemingsovereenkomst. Voorts werd voor recht verklaard dat elke beslissing over de overdracht van de klantendienst moest worden opgeschort zolang de informatie- en raadplegingsprocedure nog niet was beëindigd.

De derde zaak betrof een oordeel van de president van het Tribunal de Grande Instance van Parijs van 27 april 2007 over een herstructureringsprogramma bij Alcatel-Lucent. Hier ging het om een geschil over het integratieproces volgens op de fusie van het Franse Alcatel met de Amerikaanse Lucent-groep, waarin een herstructureringsplan werd aangekondigd dat wereldwijd zou leiden tot

verlies van een groot aantal arbeidsplaatsen. Ook hier ontstond een verschil van mening tussen het hoofdbestuur en de Europese ondernemingsraad over de kwaliteit van de informatievoorziening, zodanig dat dit leidde tot een kort geding. De Europese ondernemingsraad vorderde een verklaring voor recht dat de verstrekte informatie onvoldoende was en verzocht om een veroordeling van Alcatel-Lucent tot het samenstellen van een volledig dossier. De raad verzocht daarnaast te bepalen dat de raadpleging van de nationale Franse ondernemingsraden zou worden opgeschort totdat hij, na de verkregen informatie, in staat zou zijn om een advies over de voorgenomen herstructurering te geven.

De president oordeelde dat de ondernemer een gedetailleerde en met cijfers ondersteunde uiteenzetting moest geven van de redenen voor de herstructurering, inclusief de grondslagen van de berekening van het aantal boventallige functies per land, per divisie en per categorie werknemers. De president zag geen reden aanwezig om Alcatel-Lucent te veroordelen tot het verschaffen van informatie over de maatregelen ter verzachting van personele consequenties. Hij overwoog dat de Europese ondernemingsovereenkomst niet voorzag in raadpleging op een eerder moment dan dat waarop lokale medezeggenschapsorganen zouden moeten worden geraadpleegd. Evenmin werd het verzoek om de herstructureringsplannen op te schorten tot na voltooiing van de raadpleging van de Europese ondernemingsraad ingewilligd, omdat de verstrekking van een advies daarin geen verplicht onderdeel vormde.

In zijn commentaar wijst Verburg erop dat deze uitspraak afwijkt van de hiervoor besproken zaak van Gaz de France en ook van de kwestie Renault. In die laatste zaak ging het eveneens om een situatie waarin de Europese ondernemingsovereenkomst niet voorzag in een advies. Verburg meent dat een contractuele afspraak over een uitwisseling van standpunten zo geïnterpreteerd moet worden, dat deze een zinvolle exercitie oplevert op een moment dat de dialoog nog van invloed kan zijn. Ook een niet op Europese richtlijnen terug te voeren contractuele uitleg van de ondernemingsovereenkomst brengt met zich mee dat een zinvolle uitwisseling van standpunten slechts aan de orde is als de verstrekte informatie voldoet aan een bepaalde standaard. Het vonnis van de Franse rechter zou naar Nederlandse maatstaven te mager gemotiveerd zijn. Wel juist is het oordeel van de president dat de Europese ondernemingsraad geen recht heeft op voltooiing van de raadplegingsprocedure voordat nationale ondernemingsraden kunnen worden geconsulteerd. Het andersluidende standpunt van de Europese ondernemingsraad hierover vindt hij onhoudbaar, nu de richtlijn geen hiërarchische verhouding aanbrengt tussen de raad en nationale medezeggenschapsorganen.

Sinds de zojuist samengevatte uitspraken tot en met het jaar 2007 is in de jurisprudentie van Franse en Duitse rechters een aantal nieuwe uitspraken

verschenen. Opvallend is dat de daarin behandelde thema's vaak dezelfde waren als in de zojuist genoemde zaken. Ik zal deze hierna bespreken en van commentaar voorzien. Aangezien het steeds gaat om niet in Nederland gepubliceerde rechtspraak, zal ik deze wat uitgebreider beschrijven.

4.2 *Een besluit als onderdeel van een Europees herstructureringsplan*

In de zaak Goodyear Dunlop ging het om de Franse dochteronderneming van de in Luxemburg gevestigde Europese groep Goodyear Dunlop Tires Europe.⁴⁶ Goodyear Dunlop Tires France had vier productielocaties in Amiens Nord, Amiens Sud, Montluçon en Riom, waarin agrarische en consumentenbanden werden vervaardigd die op cost-plusbasis werden verkocht aan het hoofdkantoor in Luxemburg. De fabriek in Amiens Nord was eerder onderwerp van een reorganisatieplan, dat in mei 2008 was gepresenteerd en op 18 maart 2009 werd verlaten. Op 26 mei 2009 kondigde het bestuur, in een overlegvergadering met de Franse centrale ondernemingsraad, de voorgenomen sluiting aan van de consumentenbandenproductie van de vestiging Amiens Nord. Voorts zouden verschillende opties over de toekomst van de agrarischebandendivisie in Europa worden besproken. Op 11 juni 2009 was er een overlegvergadering met de centrale ondernemingsraad. Constateerend dat de verstrekte informatie in zijn ogen onvoldoende was en dat informatie aan de Europese ondernemingsraad achterwege was gebleven, wendde de centrale ondernemingsraad zich op 16 juni 2009 tot de president van het Tribunal de Grande Instance van Nanterre en vorderde hij een opschorting van de consultatieprocedure.

De president constateerde dat de informatie verstrekt aan de centrale ondernemingsraad incompleet was en dat het plan onvoldoende inzicht gaf in de toekomst van de productie van de agrarische banden. Die onvolledigheid hield met name in dat de staking van de productie van consumentenbanden wel werd behandeld, maar de toekomst van de op dezelfde locatie vervaardigde agrarische banden onduidelijk bleef en er onvoldoende kon worden geoordeeld over de 83 arbeidsplaatsen die in het geding waren. De consultatieprocedure over de besluiten werd daarom opgeschort totdat er voldoende informatie zou zijn verstrekt.

In appel verzette Goodyear Dunlop zich tegen de stelling van de Franse centrale ondernemingsraad dat de Europese ondernemingsraad bij de besluitvorming betrokken had moeten worden. Zij meende dat dit geen transnationale kwestie was en dat de Europese ondernemingsraad geen medezeggenschap had over een aangelegenheid die zich beperkte tot één land. Bovendien verwees Goodyear

46. Cour d'Appel de Versailles 27 januari 2010 inzake Goodyear Dunlop Tires France (www.ewcdb.eu).

Dunlop naar een overlegvergadering van 5 en 6 mei 2009 met de raad, een telefonische conferentie op 26 mei 2009 met het beperkte comité van de raad, en twee besprekingen van 19 juni en 13 juli 2009. Zij gaf te kennen dat de Goodyear-groep voornemens was haar investeringen en innovatie te richten op de sleutelmarkten van consumentenproducten en vrachtverkeer, waardoor de agrarische activiteiten in Europa en Zuid-Amerika onderwerp waren van heroverweging. De agrarische divisie in Noord-Amerika was reeds in 2005 verkocht aan Titan Tire Corporation. Zo vielen er onvoldoende duidelijk omschreven projecten aan te wijzen die onderwerp van bespreking met de Europese ondernemingsraad zouden kunnen zijn.

Het Cour d'Appel van Versailles oordeelde dat de Europese ondernemingsraad tijdens de jaarlijkse bijeenkomst geconsulteerd had moeten worden, aangezien er op 18 maart 2009 gesproken was over een herstructureringsproject voor de fabriek in Amiens Nord en er geen omstandigheden waren veranderd tussen de bijeenkomst van de Europese ondernemingsraad op 5 en 6 mei 2009 en de aankondiging van het staken van de consumentenactiviteiten op 23 mei. Nu het bestuur van de Franse dochteronderneming het project van 18 maart formeel had ingetrokken, was het evident dat het op 23 mei aangekondigde project al eerder door het bestuur bestudeerd moest zijn, waardoor het dit op 5 en 6 mei aan de orde had kunnen stellen bij de Europese ondernemingsraad teneinde daarover van gedachten te wisselen.

Het Cour d'Appel overwoog voorts dat er geen juridische grondslag te vinden was voor de stelling dat de Europese consultatie plaats zou moeten vinden vóór de nationale procedure. De Europese en de nationale consultatieprocedures dienen niet hetzelfde doel en niets staat eraan in de weg dat deze onafhankelijk van elkaar worden gevoerd. Het hof stelde vast dat uit de (notulen van de) overlegvergaderingen en het telefoongesprek met de Europese ondernemingsraad niet was gebleken dat hij was geraadpleegd over de toekomst van de divisie agrarische banden in Europa, en dat hij niet correct was geïnformeerd over de consequenties of de oorzaken van het Europese herstructureringsproject. Het incomplete karakter van de informatievoorziening op Europees en nationaal niveau vormde een obstakel voor een constructieve dialoog, die in dit geval verplicht was gezien de omvang van de intenties voor de agrarische divisie. De vordering tot opschorting van de nationale consultatieprocedure van de centrale ondernemingsraad was daarom voor toewijzing vatbaar. Voorts veroordeelde het Cour d'Appel Goodyear Dunlop tot het starten van een Europese informatie- en consultatieprocedure over de reorganisatie van zijn activiteiten in Europa, inclusief de herstructurering van Amiens Nord. Gezien de bijzondere omstandigheden van dit geval waren termen aanwezig om de nationale consultatieprocedure op te schorten tot de gedachtewisseling en dialoog met de Europese ondernemingsraad voltooid was.

Dit oordeel van het Cour d'Appel vertoont overeenkomsten met de zaak British Airways. In beide gevallen was sprake van een strategisch besluit in één land dat werd beschouwd als onderdeel van een groter Europees plan, dat bij Goodyear Dunlop strekte tot herstructurering van één of meer divisies en bij British Airways tot uitbesteding van de klantendiensten. De consequenties daarvan waren in beide gevallen dat de rechter de moederonderneming veroordeelde tot het starten van een correcte en volledige informatie- en raadplegingsprocedure met de Europese ondernemingsraad over deze Europese plannen, en dat de uitvoering van de voorgenomen besluiten op nationaal niveau moest worden opgeschort zolang de Europese consultatieprocedure niet was beëindigd. Zowel de Franse als de Belgische rechter was dus bereid om in kort geding verstreckende consequenties aan de Europese medezeggenschapsverplichtingen te verbinden.

4.3 *Het moment van informatieverstrekking en raadpleging*

De verhouding tussen Europese en nationale medezeggenschapsprocedures is vaker onderwerp van jurisprudentie en heeft in de periode van 2007 tot en met 2012 geleid tot twee op het eerste gezicht van elkaar afwijkende uitspraken.

Op 21 april 2009 besliste het Tribunal de Grande Instance Sarreguemines dat de sluiting van de bandenfabriek van de Franse dochter van Continental, een in Duitsland gevestigde Europese groep, niet onrechtmatig was.⁴⁷ Op 11 maart 2009 werd de sluiting van de fabriek in Clairoux aangekondigd, zonder voorafgaande consultatie van de Europese of de nationale ondernemingsraad. De berichten in de pers werden door de Franse ondernemingsraad opgevat als een besluit dat niet zonder consultatie van de Europese ondernemingsraad genomen had mogen worden. Continental verweerde zich onder meer met de stelling dat de berichten onjuist waren geïnterpreteerd en dat besluitvorming nog moest plaatsvinden. Continental stelde zich voorts op het standpunt dat het geen verplichting had om de Europese ondernemingsraad vóór de Franse ondernemingsraad bij de besluitvorming te betrekken.

Het Tribunal oordeelde dat de sluiting van de fabriek in Clairoux niet onrechtmatig was, aangezien noch de richtlijn noch het Franse arbeidsrecht een hiërarchie tussen Europese en nationale consultatieprocedures voorschreef. De Europese ondernemingsovereenkomst bevatte bovendien geen duidelijke bepaling op dit punt. Als gevolg daarvan besliste de rechter dat de consultatieprocedures gelijktijdig of onafhankelijk van elkaar konden worden verricht. De vordering tot opschorting van het besluit tot sluiting werd afgewezen, nu de

47. Tribunal de Grande Instance Sarreguemines 21 april 2009 (niet gepubliceerd, in te zien via www.wk-ce.fr).

vereiste consultatieprocedures inmiddels waren aangevangen en niet gesteld kon worden dat Continental reeds een besluit genomen had.⁴⁸

In het tweede geschil over de Europese medezeggenschap bij Gaz de France leek het Tribunal de Grande Instance van Parijs een andere koers te varen.⁴⁹ Volgend op de fusie van 22 juli 2008 tussen Gaz de France en Suez tot de nieuwe groep GDF Suez (waarover het eerder hier behandelde geschil met de Europese ondernemingsraad van Gaz de France speelde), kondigde GDF Suez eind 2009 een organisatorische wijziging aan, te weten een samenvoeging van twee onderzoekscentra op het terrein van nieuwe energiemarkten, gelegen in Frankrijk en België. De centra zouden na samenvoeging gaan opereren in de vorm van een nieuw, in Frankrijk gelegen expertisecentrum, het Centre d'Expertise en Etudes et Modélisations Economiques (CEEME). Deze samenvoeging zou gevolgen hebben voor de 119 werknemers van de twee centra. Op 2 december 2009 vond een overlegvergadering met de Franse ondernemingsraad van GDF Suez plaats; daarin werd hem om advies gevraagd over het voorgenomen besluit. Het bestuur van GDF Suez verzekerde de ondernemingsraad dat de Belgische werknemers de grens niet zouden passeren en verbonden zouden blijven aan de structuur in België. Mede om die reden zou geen Europees consultatieproces in werking worden gezet.

De Franse ondernemingsraad oordeelde in een resolutie dat advies van de Europese ondernemingsraad benodigd was voordat hij in staat was op nationaal niveau te adviseren. Hij besloot voorts tijdens een overlegvergadering van 8 februari 2010 een deskundige aan te stellen, die de consequenties van de oprichting van het CEEME zou bestuderen. Op 3 maart 2010 werd het CEEME opgericht. In een resolutie van 16 maart stelde de ondernemingsraad vast dat het besluit van 3 maart was genomen zonder voorafgaand advies van de Europese en van de Franse ondernemingsraad. De Franse ondernemingsraad verzocht vervolgens in kort geding om schorsing van dit besluit, maar deze vordering werd afgewezen. Op 1 juli 2010 aanvaardden 56 Franse werknemers hun aanstelling bij het CEEME.

Het Tribunal de Grande Instance stelde vast dat de Europese ondernemingsovereenkomst voorzag in een verplichting om de Europese ondernemingsraad te consulteren over het onderzoeks- en innovatiebeleid van de groep. Het oordeelde voorts dat de oprichting van het CEEME leidde tot een hergroepering

48. Dit vonnis leidde tot aanhoudende protesten van de werknemers van Continental in Frankrijk en Duitsland, zodanig dat de Franse regering in het conflict bemiddelde en er een sociaal plan tot stand kwam (www.ewc-news.com).

49. Tribunal de Grande Instance de Paris, 26 april 2011 inzake Société GDF Suez (www.ewcdb.eu).

HOOFDSTUK 5

van de Belgische en Franse werknemers. Daarom was sprake van een transnationale aangelegenheid waarbij twee ondernemingen van de communautaire groep betrokken waren. Dat betekende dat de Europese ondernemingsraad geconsulteerd had moeten worden.

De veronderstelling van GDF Suez dat er geen juridische grondslag bestond voor het aannemen van een volgorde tussen de Europese en nationale consultatieprocedures, deed niet af aan de voorwaarde dat de nationale ondernemingsraad voldoende geïnformeerd moest zijn op zijn niveau om zijn medezeggenschapsrechten deugdelijk te kunnen uitoefenen. Volgens het Tribunal was daarvan onvoldoende sprake, nu uit de chronologie van de medezeggenschapsprocedure – namelijk de op 2 december 2009 geformuleerde vragen, de aanwijzing van een deskundige op 8 februari 2010 en de uitvoering van de reorganisatie op 3 maart 2010 – bleek dat de ondernemingsraad niet in de gelegenheid was gesteld zijn advies te geven. Het transnationale karakter van het project, de coherentie van de consultatieprocedures van de verschillende medezeggenschapsorganen en de noodzaak tot het verlenen van een nuttig effect aan deze procedures, rechtvaardigden in deze omstandigheden de voorafgaande consultatie van de Europese ondernemingsraad, gelet op het totaaloverzicht waarover alleen hij beschikte.

Voorts overwoog het Tribunal dat 56 werknemers hun individuele aanstelling bij het CEEME inmiddels hadden geaccepteerd en de miskennis van medezeggenschapsrechten zich daardoor niet mocht vertalen in het opnieuw ter discussie stellen van de in juli 2010 in gang gezette reorganisatie. Deze oordelen leidden zodoende niet tot ongedaanmaking van het besluit tot oprichting van het CEEME of schorsing van de uitvoering daarvan, maar tot toekenning van een schadevergoeding van 15.000 euro aan de ondernemingsraad.⁵⁰

4.4 *Commentaar*

Kan in de hierboven samengevatte jurisprudentie een lijn worden gezien en is deze relevant voor de Nederlandse rechtspraktijk? Mij vallen drie thema's op.

Het eerste punt is het verschil in de beoordelingen van de vraag naar aanwezigheid van een hiërarchie tussen Europese en nationale medezeggenschapsprocedures. Die hiërarchie kan zowel zien op de rangorde tussen de

50. Vgl. Landesarbeitsgericht Köln 8 september 2011, 13 Ta 267/11 inzake Visteon (www.ewcdb.eu). De Duitse rechter besliste dat het besluit van Visteon tot sluiting van de fabriek in Spanje een schending opleverde van de rechten van de Europese ondernemingsraad. Niettemin zag hij geen mogelijkheden om in kort geding de opschorting van dat besluit te bevelen.

procedures als op het tijdsaspect. In de zaken Renault, Gaz de France, British Airways en Goodyear Dunlop werd in kort geding de schorsing van (de uitvoering van) een strategisch besluit van een communautaire groep afgedwongen. Bij Goodyear Dunlop en GDF Suez oordeelde de rechter dat de Europese ondernemingsraad vooraf geconsulteerd had moeten worden, niet-tegenstaande de uitdrukkelijke erkenning dat tussen de Europese en nationale consultatieprocedures geen rangorde bestaat. De vorderingen in de zaken Alcatel-Lucent en Continental, die waren gebaseerd op vergelijkbare stellingen over een vermeende hiërarchie in medezeggenschapsprocedures, werden afgewezen. Is dit een kwestie van onvoldoende uitgekristalliseerde jurisprudentie?

Wellicht moet onderscheid worden gemaakt in de procespartijen: de zaken Renault, Gaz de France en British Airways werden aanhangig gemaakt door een Europese ondernemingsraad, althans door een op een artikel 13-overeenkomst berustend comité. Hierin richtte het oordeel van de rechter zich dus op de positie van de Europese ondernemingsraad zelf, zonder dat de noodzaak bestond een oordeel over een hiërarchie in procedures uit te spreken. In de zaken Goodyear Dunlop en GDF Suez lag het initiatief bij de nationale ondernemingsraad. Hierin ontkwam de rechter niet aan een duidelijk oordeel over de vraag of die raad zich terecht op het standpunt stelde dat eerst de Europese ondernemingsraad geconsulteerd moest worden, voordat deugdelijke consultatie op nationaal niveau kon plaatsvinden. De voorzieningen in Alcatel-Lucent en Continental werden door respectievelijk de Europese en de nationale ondernemingsraad gevorderd, maar in beide gevallen afgewezen vanwege het oordeel van de rechter dat bij die besluiten niet kon worden aangenomen dat de Europese ondernemingsraad als eerste geconsulteerd moest worden. Dit onderscheid in procespartijen is mijns inziens overigens onvoldoende om verschillende uitkomsten te rechtvaardigen.

Waarin ligt mogelijk het verschil tussen de uitspraken inzake Goodyear Dunlop en GDF Suez enerzijds en Alcatel-Lucent en Continental anderzijds? Ik meen dat het antwoord ligt in de juridische grondslag die in de relevante procedures is gekozen. Ik maak onderscheid tussen (1) uitspraken waarin de kwaliteit van de relevante consultatieprocedure aan de orde was en (2) procedures die zijn gebaseerd op de meer algemene stelling dat tussen Europese en nationale consultatieprocedures een hiërarchie bestaat. In dat laatste geval ligt de vordering van de werknemersvertegenwoordigers voor afwijzing gereed. Als in het geheel niet is voldaan aan Europese consultatieverplichtingen, of als de kwaliteit van de procedure tekortschiet, kan dat onder omstandigheden anders liggen. Zelfs wanneer de rechter onderkent dat een hiërarchie ontbreekt, kan de schending van medezeggenschapsverplichtingen toch leiden tot de noodzaak om eerst het Europese consultatietraject te doorlopen voordat de nationale ondernemingsraad zich moet uitspreken. De juridische basis wordt dan

HOOFDSTUK 5

gevonden in het nuttig effect van de richtlijn enerzijds en het vereiste dat de nationale ondernemingsraad voldoende moet zijn geïnformeerd anderzijds.

De oorzaak van de tekortkoming in het nakomen van de medezeggenschapsverplichtingen kan verschillen. In *Gaz de France* ging het om de kwaliteit van de informatievoorziening aan de Europese ondernemingsraad zelf; over het transnationale karakter van het strategische besluit bestond geen verschil van mening. Dat lag in de zaken *British Airways*, *Goodyear Dunlop* en *GDF Suez* anders: in de eerste twee moest de rechter aan de hand van de stukken concluderen dat een ogenschijnlijk op zichzelf staand nationaal besluit deel uitmaakte van een meeromvattend Europees plan; in het laatste geval moest de rechter oordelen over de vraag of het besluit nu betrekking had op een vestiging in één of in twee lidstaten. De uitleg van de rechter was in die gevallen in het voordeel van de werknemersvertegenwoordigers.

Het tweede punt van aandacht is de vraag wat dit alles voor de Nederlandse rechtspraak te betekenen heeft. Over de toepassing van de Europese medezeggenschapsregels worden weinig procedures gevoerd, maar uit de hier besproken zaken blijkt dat dit in het merendeel van de gevallen succesvol was. In Nederland is – buiten de hierna te bespreken zaak *Equant* – in het geheel niet over de nakoming van Europese consultatieverplichtingen geprocedeerd. De buitenlandse (Europese) ondernemingsraden in Frankrijk, Duitsland en België lijken over een grotere mate van procesbereidheid te beschikken.

Een mogelijke verklaring kan de onbekendheid met de jurisprudentie van buitenlandse rechters zijn die in Nederland bestaat. Hoewel niet per uitspraak te achterhalen valt welke uitwerking deze in de praktijk heeft gekregen, volgt uit die rechtspraak dat de Europese ondernemingsraad soms een sterkere positie kan hebben dan in Nederland wordt gedacht. Deze uitspraken zijn in de regel slechts onvertaald gepubliceerd, of zelfs in het geheel niet. In de Nederlandse literatuur lijkt weinig belangstelling voor Europese medezeggenschap te bestaan en stelselmatige documentatie van buitenlandse uitspraken blijft achterwege.

Een andere verklaring kan de verschillende positie zijn waarin de Nederlandse Europese ondernemingsraad zich kan bevinden, vergeleken met de buitenlandse: bij sommige strategische besluiten over de Nederlandse communautaire onderneming of groep zal naast het advies van de Europese ook dat van de Nederlandse ondernemingsraad benodigd zijn. Op dat laatste is het regime van artikel 25 en 26 WOR van toepassing, dat een uniek stelsel van rechten biedt dat in andere Europese landen niet geldt. Een goede samenwerking tussen de twee raden kan er dan toe leiden dat zij eerder in de besluitvorming worden betrokken.

Volgens Verburg is de Europese ondernemingsraad in de afgelopen jaren daadwerkelijk van de grond gekomen en meer zijn rol gaan opeisen. Ik sluit niet uit dat die ontwikkeling in de toekomst ook in de Nederlandse jurisprudentie merkbaar zal worden. Ik schat dat er meer geschillen komen over de oprichting van een Europese ondernemingsraad, nu slechts de helft van de daartoe in aanmerking komende ondernemingen in Nederland hiertoe is overgegaan en de gewijzigde definities uit de WEOR ruimte laten voor interpretatie. Daarnaast verwacht ik een toename in geschillen over de kwaliteit van de informatie- en consultatieprocedures in Nederland. Daarbij kunnen de resultaten van werknemersvertegenwoordigers in het buitenland als inspiratie dienen. Dergelijke procedures zouden door Nederlandse Europese ondernemingsraden tegen het hier gevestigde (fictieve) hoofdbestuur ingevolge artikel 5 WEOR kunnen worden ingesteld.

Geschillen kunnen zich ook voordoen tussen de buitenlandse Europese ondernemingsraad en de Nederlandse werknemersvertegenwoordigers. Bij een voorgenomen besluit van een buitenlands hoofdbestuur dat zich mede of in hoofdzaak richt op de Nederlandse concernonderdelen kan de Europese ondernemingsraad een andere, positievere, opvatting hebben dan de Nederlandse werknemers, bijvoorbeeld omdat de buitenlandse Europese ondernemingsraad het concernbelang voor ogen moet houden of het besluit hem te weinig raakt. De Europese medezeggenschap vormt dan in zekere zin een gevaar voor de Nederlandse werknemersbelangen. Bij daaruit voortvloeiende geschillen meen ik niet dat het advies van de Europese ondernemingsraad bindend is voor de positie van de Nederlandse ondernemingsraad, maar een positief advies op Europees niveau zal die laatste zeker niet helpen in zijn (proces)positie.

Voorts is het mogelijk dat een Nederlandse ondernemingsraad in een beroepsprocedure (terecht) het standpunt inneemt dat, in de omstandigheden van het geval, een deugdelijke informatievoorziening inhoudt dat eerst de Europese ondernemingsraad wordt geraadpleegd en over het voorgenomen besluit adviseert, althans dat informatie uit een Europese consultatieprocedure met de Nederlandse ondernemingsraad wordt gedeeld, voordat hij zelf zijn advies behoeft te geven. Een dergelijk verweer acht ik – gezien de hier besproken lijn die in de jurisprudentie van buitenlandse rechters te zien valt – niet zonder kans van slagen.

Een derde aandachtspunt betreft de effectiviteit van de sanctie die gesteld is op schending van Europese medezeggenschapsrechten. De Nederlandse wetgever gaat ervan uit dat artikel 5 WEOR voorziet in een sanctie die voldoende effectief is en daardoor voldoet aan het vereiste uit de richtlijn. Ik denk dat die veronderstelling terecht is, zeker nu een bevel tot naleving met een dwangsom

kan worden versterkt. Ik voeg daaraan toe dat naleving van de WEOR ook door de Nederlandse ondernemingsraad langs de band van artikel 26 WOR kan worden afgedwongen. Die middelen zijn in mijn ogen effectiever dan een veroordeling tot betaling van schadevergoeding of boete, zoals in het buitenland wel voorkomt. Wanneer een dergelijke veroordeling niet wordt gecombineerd met een schorsing van het besluit of een andere vorm van opschorting van de uitvoering ervan, zal het hoofdbestuur in de regel graag kiezen voor betaling van het verschuldigde bedrag, zeker wanneer dat relatief gering is.

5 De Europese ondernemingsovereenkomst na fusie of overname

De bevoegdheden van de Europese ondernemingsraad die niet volgens de subsidiaire voorschriften is ingesteld, worden volledig bepaald door de inhoud van de Europese ondernemingsovereenkomst. Hoe moet worden gehandeld wanneer deze eindigt? Wat gebeurt er wanneer de structuur van de onderneming ingrijpend wordt gewijzigd, bijvoorbeeld na een fusie, overname of splitsing?

Volgens artikel 11 lid 6 WEOR houdt de Europese ondernemingsovereenkomst bepalingen in over de datum van inwerkingtreding, de duur van de overeenkomst, de wijze waarop de overeenkomst kan worden gewijzigd of opgezegd en de gevallen waarin en de wijze waarop wordt onderhandeld over een nieuwe overeenkomst. Bij ingrijpende wijzigingen in de structuur van de communautaire onderneming of groep moet de bestaande overeenkomst worden aangepast indien deze daarover geen of strijdige bepalingen bevat, zo bepaalt artikel 14a WEOR.⁵¹ Het hoofdbestuur begint die onderhandelingen op eigen initiatief of op schriftelijk verzoek van ten minste 100 werknemers of vertegenwoordigers afkomstig uit ten minste twee ondernemingen of vestigingen in twee lidstaten; daartoe wordt een bijzondere onderhandelingsgroep opgericht. Tijdens die onderhandelingen blijven de bestaande Europese ondernemingsraden functioneren volgens de toepasselijke Europese ondernemingsovereenkomst (artikel 14a lid 3 WEOR).

Het einde van de overeenkomst en de situatie die ontstaat na een fusie, overname of splitsing wordt dus bij voorkeur geregeld in de overeenkomst zelf. Als hierover geen afspraken zijn gemaakt, of als er sprake is van strijdigheid tussen de bepalingen van twee of meer Europese ondernemingsovereenkomsten, moeten nieuwe onderhandelingen worden aangegaan. Indien er geen nieuwe overeenkomst wordt gesloten en er voldaan is aan de

51. Volgens Gerlach en Van Broeckhuijsen (2012) is dit de meest ingrijpende aanpassing van de WEOR na wijziging van de richtlijn.

voorwaarde van artikel 15 WEOR, zijn de subsidiaire voorschriften van toepassing. Dit heeft tot gevolg dat het hoofdbestuur verplicht is een Europese ondernemingsraad in te stellen. Vanaf de datum waarop de nieuwe overeenkomst van kracht wordt, worden de eerder opgerichte Europese ondernemingsraden ontbonden en worden de overeenkomsten waarbij zij zijn ingesteld, ongeacht de daarin vervatte bepalingen over geldigheid of opzegging, beëindigd.⁵²

Dat betekent dat het hoofdbestuur na een ingrijpende structuurwijziging verplicht is volgens de subsidiaire voorschriften een nieuwe Europese ondernemingsraad in te stellen, indien het er blijk van heeft gegeven niet binnen zes maanden na ontvangst van een verzoek van werknemersvertegenwoordigers te zullen onderhandelen met een bijzondere onderhandelingsgroep, of er binnen drie jaar na dat verzoek geen Europese ondernemingsovereenkomst tot stand is gekomen. In de tussenliggende periode blijven de afzonderlijke Europese ondernemingsraden van de gefuseerde ondernemingen bestaan en moeten zij bij belangrijke besluiten gelijktijdig worden geïnformeerd of geraadpleegd. De leden van die raden dienen bij nieuwe onderhandelingen te worden betrokken. Behalve de overeenkomstig artikel 9 WEOR gekozen of aangewezen leden van de bijzondere onderhandelingsgroep, zijn ten minste drie leden van de bestaande Europese ondernemingsraad of van elk van de bestaande raden lid van die onderhandelingsgroep.

Deze regeling zal in de praktijk voor de nodige complicaties kunnen zorgen. In de eerste plaats zal, wanneer twee communautaire ondernemingen of groepen zijn gefuseerd, het functioneren van twee onafhankelijke Europese ondernemingsraden voor moeilijkheden kunnen zorgen, bijvoorbeeld omdat uit de informatie- en raadplegingsprocedures conflicterende adviezen voortvloeien. In de tweede plaats zal de oprichting van een nieuwe bijzondere onderhandelingsgroep, waarbij tevens leden van de bestaande Europese ondernemingsraden een rol spelen, voor interne verdeeldheid kunnen zorgen. Die verdeeldheid kan worden versterkt wanneer na een overname duidelijk sprake is van één sterkere partij. Het nieuwe (fictieve) hoofdbestuur zal in die situaties niet snel geneigd zijn om veel oog te hebben voor de belangen van de Europese ondernemingsraad van de overgenomen onderneming. Die onderhandelingen kunnen bovendien lang duren. Gedurende de in artikel 15 WEOR genoemde periode van drie jaar zal de positie van de separate Europese ondernemingsraden, eventueel naast de bijzondere onderhandelingsgroep, voor onrust in de gefuseerde organisatie kunnen zorgen.

52. Kamerstukken II, 2010-2011, 32 705, nr. 3, p. 19.

HOOFDSTUK 5

Wat gebeurt er als de duur van de Europese ondernemingsovereenkomst vóór de oprichting van een nieuwe Europese ondernemingsraad voor de gefuseerde onderneming verstrijkt? Die vraag vormde het onderwerp van de enige procedure die tot nu toe in Nederland door een Europese ondernemingsraad is gevoerd. Het ging om de communautaire groep Global One Communications, met moederonderneming in België, die in 1999 werd overgenomen door France Telecom. Bij Global One was op basis van een overeenkomst in 1999 een European Employee Forum (EEF) opgericht. De Europese ondernemingsovereenkomst gold voor onbepaalde tijd, tenzij deze na een periode van vier jaar door een van de partijen met inachtneming van een opzegtermijn van zes maanden zou worden opgezegd. Op 1 juli 2001 fuseerde Global One met Equant, een dochtervennootschap van France Telecom, waarna de activiteiten van de twee groepen werden geïntegreerd. Op 29 januari 2002 gaf Equant te kennen de Europese ondernemingsovereenkomst met het EEF op te zullen zeggen en zegde het toe over te gaan tot de instelling van een Europese ondernemingsraad op Equant-niveau. De opzegging werd bevestigd bij brief van 2 mei 2002. Het EEF maakte hier bezwaar tegen. Op 18 juni 2002 maakte France Telecom bekend een Europese ondernemingsraad te zullen installeren voor het hele concern. De voorbereidingen voor een Europese ondernemingsraad op Equant-niveau werden opgeschort, nu France Telecom daartegen bezwaar had. Dit leidde tot een kort geding, waarin de vorderingen van het EEF werden afgewezen.⁵³

Het EEF wende zich vervolgens tot de Ondernemingskamer,⁵⁴ onder meer met het verzoek vast te stellen dat het bestond, met inbegrip van zijn bevoegdheden, rechten en faciliteiten, totdat een nieuwe Europese ondernemingsraad op het niveau van Equant was opgericht, en Equant te gebieden binnen 24 uur de toezegging na te komen tot het instellen van de nieuwe bijzondere onderhandelingsgroep, teneinde te komen tot de oprichting van een nieuwe Europese ondernemingsraad voor Equant en de hieraan verbonden Europese ondernemingen. Equant voerde primair aan dat het EEF niet ontvankelijk was, omdat het verzochte al in kort geding aan de orde was en het 'ne bis in idem'-beginsel geschonden werd. De Ondernemingskamer volgde Equant niet in dat betoog, omdat het aanhangig maken van een kortgedingprocedure onverlet laat dat de rechter om een oordeel ten gronde kan worden gevraagd.

53. Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam, 23 januari 2003, JOR 2003/104. De procedure werd overigens ook gevoerd door de Europese ondernemingsraad van Equant, waarvan werd vastgesteld dat deze nog niet bestond, en een natuurlijke persoon. Ik laat dit bij deze omschrijving verder buiten beschouwing.

54. OK 1 april 2004, ARO 2004/51, m.nt. Van het Kaar in SR 2004-7/8.

De Ondernemingskamer stelde voorts vast dat de opzegging van de overeenkomst door Equant overeenkomstig de Europese ondernemingsovereenkomst was geschied. De stelling van het EEF dat Equant misbruik van de bevoegdheid had gemaakt trof geen doel. Ook werd het EEF niet gevolgd in de stelling dat Equant doelbewust een vacuüm in de medezeggenschap had willen laten ontstaan, om zo een voorgenomen ingrijpende wijziging in zijn bedrijfsvoering door te voeren zonder dat van enige Europese medezeggenschap sprake kon zijn. Volgens de Ondernemingskamer kon Equant niet worden gedwongen tot instelling van een aparte Europese ondernemingsraad. Gelet op de definitiebepalingen van artikel 1 WEOR en de omschrijving van het begrip ‘moederonderneming’ in artikel 2 WEOR gold France Telecom als moederonderneming. Uit het stelsel van de richtlijn en de WEOR volgde onmiskenbaar dat binnen een communautaire groep slechts sprake kon zijn van één moederonderneming, dat Equant voldeed als communautaire onderneming in de zin van de richtlijn en dat de WEOR daaraan niet afdeed. Het EEF wenste dat Equant zijn toezegging nakwam om te komen tot oprichting van een Europese ondernemingsraad op Equant-niveau. De WEOR bood hiertoe volgens de Ondernemingskamer weliswaar de mogelijkheid, maar ingevolge artikel 11 lid 5 WEOR diende daaraan dan een overeenkomst ten grondslag te liggen van het hoofdbestuur en de bijzondere onderhandelingsgroep.

In dit geval ging het om een overeenkomst tussen het bestuur van France Telecom en de bijzondere onderhandelingsgroep die het bedrijf inmiddels had opgericht om te komen tot een Europese ondernemingsraad op France Telecom-niveau. Equant had terecht aangevoerd dat het bij gebreke van zo’n overeenkomst niet tot nakoming van zijn eerdere toezegging gedwongen kon worden. Dit betekende dat de status van het EEF na afloop van de overeenkomst niet ruimer te duiden viel dan die van een orgaan dat zijn activiteiten afwikkelt. De Ondernemingskamer oordeelde dat onder afwikkeling van activiteiten mede het voeren van een procedure als de onderhavige kon worden begrepen.

Hoe verhoudt deze uitspraak zich tot het nadien geïmplementeerde artikel 14a WEOR? Betekent dit nu dat de uitspraak van de Ondernemingskamer in de zaak Equant achterhaald is? Het antwoord lijkt mij ontkennend te luiden en zal mede afhankelijk zijn van de duur en inhoud van de relevante Europese ondernemingsovereenkomst. Ook onder het regime van artikel 14a WEOR kan zo’n overeenkomst in duur verstrijken of door het hoofdbestuur worden opgezegd. Dat valt op zichzelf te verenigen met de regel van artikel 14a lid 3 WEOR dat de bestaande ondernemingsraden tijdens de onderhandelingen over de nieuwe Europese ondernemingsovereenkomst functioneren in overeenstemming met de toepasselijke overeenkomst. Wanneer die overeenkomst toelaat dat zij wordt opgezegd of wanneer deze van rechtswege eindigt, zal de Europese ondernemingsraad eveneens de status verkrijgen van een orgaan dat zijn

HOOFDSTUK 5

activiteiten afwikkelt – een Europese ondernemingsraad ‘in liquidatie’ als het ware. Onder die activiteiten valt dan niet alleen het eventueel voeren van juridische procedures, maar ook het toezicht houden op de naleving van de tijdens de Equant-zaak nog niet bestaande regel dat ten minste drie leden van de bestaande ondernemingsraad lid moeten zijn van de bijzondere onderhandelingsgroep die de oprichting van de nieuwe Europese ondernemingsraad van het gefuseerde concern zal begeleiden.

6 Conclusie

In dit hoofdstuk stelde ik de vraag of de beperkingen die de ondernemingsraad van een Nederlandse of buitenlandse internationale groep ondervindt in zijn mogelijkheden tot beïnvloeding van de strategie worden ondervangen door het functioneren van de Europese ondernemingsraad. Ik beantwoord deze vraag ontkennend. De belangrijkste reden hiervoor is dat de richtlijn niet voorziet in effectieve sancties wanneer het advies van de raad niet wordt gevolgd, althans wanneer de procedure leidend tot dat advies niet naar behoren is doorlopen. De mogelijkheid om rechterlijke toetsing van het besluit van het hoofdbestuur af te dwingen – zoals het Nederlandse recht kent uit artikel 26 WOR – ontbreekt. In het systeem van de richtlijn behoeft het hoofdbestuur dit advies van de Europese ondernemingsraad zelfs niet af te wachten. Evenmin bestaat de verplichting het besluit zodanig te motiveren dat dit de toets der kritiek kan doorstaan. Hoe dit in de praktijk uitwerkt, hangt mede af van de tekst van de Europese ondernemingsovereenkomst die op de relatie van toepassing is, maar het komt zelden voor dat deze overeenkomsten aan de Europese ondernemingsraad sterkere rechten toekennen dan in (de subsidiaire voorschriften van) de richtlijn is voorzien. Dat betekent dat de raad zich te richten heeft op het optimaliseren van de rechten die hij heeft: de rechten op informatie en consultatie.

Op dat laatste vlak heeft zich in de afgelopen periode een ontwikkeling voorgedaan waaruit blijkt dat de Europese ondernemingsraad een sterkere speler in het internationale krachtenveld is geworden. Vooral uit jurisprudentie van buitenlandse rechters blijkt dat hij middelen heeft om een deugdelijk informatie- en raadplegingstraject af te dwingen. Die mogelijkheden zijn vooral zichtbaar in gevallen waarin het hoofdbestuur consultatie van een Europese ondernemingsraad in het geheel achterwege heeft gelaten, de informatievoorziening onvoldoende is of een besluit op nationaal niveau in wezen deel uitmaakt van een strategisch plan met Europese dimensie terwijl de Europese ondernemingsraad daarin niet (tijdig) is gekend. Uit de buitenlandse jurisprudentie blijkt voorts dat de rechter de Europese medezeggenschapsrechten ook kan laten prevaleren als er grote commerciële belangen op het spel staan, zoals

een fusie waarbij beursgenoteerde ondernemingen betrokken zijn. Door het recht op informatie en raadpleging zo kracht bij te zetten ontstaat (een begin van) invloed van de Europese ondernemingsraad op de strategie.

In de Nederlandse jurisprudentie is die ontwikkeling nog niet zichtbaar geworden. Europese ondernemingsraden in Nederland procederen nauwelijks. Ik zoek de verklaring daarvoor deels in de onbekendheid die in de Nederlandse literatuur met de buitenlandse jurisprudentie bestaat. Ik verwacht dat de verdere ontwikkeling van de Europese medezeggenschap in Nederland zal leiden tot een groter aantal geschillen, zowel waar het gaat om de oprichting van een Europese ondernemingsraad bij een Nederlandse moederonderneming van een communautaire groep of vertegenwoordiger van een buitencommunautaire groep, als op het terrein van de informatie en raadpleging van de Europese ondernemingsraad in Nederland. Bij dat laatste zal niet alleen de Europese, maar ook de Nederlandse ondernemingsraad zijn rechten krachtiger kunnen doen gelden dan nu het geval is.

De waarde van Europese medezeggenschap ligt wellicht niet primair in de juridische positie van de Europese ondernemingsraad, gezien de hem toegekende rechten. Hij kan fungeren als een belangrijke opinieleider. Die functie kan positieve effecten hebben bij belangrijke strategische besluiten, zoals een fusie of overname, waarin het advies van de raad leidt tot draagvlak bij de internationale werknemers. In andere gevallen, bijvoorbeeld bij ingrijpende reorganisaties, kan een negatief advies van de Europese ondernemingsraad leiden tot onrust onder de werknemers en hun vertegenwoordigers, mogelijk zelfs met collectieve actie tot gevolg. Dat laatste middel ligt vooral op het terrein van de vakorganisaties. In het volgende hoofdstuk zal ik analyseren in hoeverre zij instrumenteel zijn in het uitoefenen van invloed op de strategie.

Hoofdstuk 6. De vakorganisaties

1 Inleiding

Het algemene beeld over vakorganisaties is dat zij zich bezighouden met collectieve arbeidsvoorwaardenvorming en niet met strategisch beleid. Dat is niet altijd zo geweest. In de periode rond 1980 ging het debat ook over collectieve acties tegen strategische besluiten (reorganisaties, bedrijfssluitingen, bedrijfsverhuizingen) en de grenzen die daaraan konden worden gesteld. Over de belangrijkste vorm van collectieve actie, de staking, is een reeks van uitspraken ontstaan, waarin werd geoordeeld over de vraag of deze in bepaalde omstandigheden geoorloofd was. In die beoordeling staat artikel 6 lid 4 van het Europees Sociaal Handvest (ESH) centraal. Dat artikel erkent het recht op collectieve acties als een fundamenteel recht van werknemers. De Hoge Raad heeft in het NS-arrest directe horizontale werking toegekend aan dat artikel.¹ In dat arrest zijn ook de procedureregels omschreven waaraan een gerechtvaardigde collectieve actie dient te voldoen.² Tezamen met artikel 31 ESH, waarin de beperkingen op het stakingsrecht staan (samengevat: de wet, rechten van anderen en openbare orde), zijn zo de fundamenteën onder het recht op collectieve acties gelegd.

Een van de beperkingen van het recht op collectieve acties volgt uit de tekst van artikel 6 lid 4 ESH zelf: het moet gaan om belangengeschillen. Dit in tegenstelling tot rechtsgeschillen, die zich lenen voor beoordeling door de rechter en waarin collectieve actie niet geoorloofd is. Het onderscheid tussen belangen- en rechtsgeschillen is vaag. Voor mijn onderzoek is van belang of een debat over het strategisch beleid van de vennootschap ook als een belangengeschil kan worden aangemerkt en zo onderwerp kan zijn van collectieve actie.

Het antwoord op die vraag is niet gemakkelijk te geven, zo blijkt uit de literatuur.³ De uitersten in dit debat zijn verwoord door Peeters enerzijds en Fase anderzijds. Peeters⁴ meent dat er in de rechtsverhouding tussen werkgevers en werknemers een ruim veld is, dat zij in overleg zelf mogen invullen.

1. HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688.

2. Zie ook HR 21 maart 1997, NJ 1997, 437 (FNV/Streekvervoer).

3. Zie Schut 1996, p. 142 e.v., Maris 1997, p. 79 e.v., en Jaspers 2004, p. 21 e.v.

4. Peeters 1980.

HOOFDSTUK 6

De wederzijdse standpunten worden niet bepaald door rechten en verplichtingen, maar door een afweging van ieders eigen belang. Ook het *beleid* van de onderneming is het resultaat van een belangenafweging, waardoor conflicten over beleidsvragen in beginsel onder de noemer belangengeschillen in de zin van het ESH vallen. In Peeters' visie is collectieve actie bij een conflict over, bijvoorbeeld, het behoud van werkgelegenheid in een onderneming altijd gerechtvaardigd. Dat wordt pas anders bij conflicten die hun oorsprong vinden in een meningsverschil over rechten en verplichtingen tussen de sociale partners die voortvloeien uit een collectieve arbeidsovereenkomst.

Aan de andere kant van het spectrum staat de mening van Fase,⁵ die meent dat, hoewel medezeggenschapsrechten collectieve actie niet in de weg hoeven te staan, niettemin eerst die rechtsmiddelen moeten worden doorlopen. Pas wanneer de mogelijkheden die het medezeggenschapsrecht biedt zijn uitgeput, blijft collectieve actie als laatste redmiddel over en verandert het rechtsgeschil in een belangengeschil. Fase wijst erop dat er dan wel een grijs gebied overblijft, waar bijvoorbeeld ondernemersbeslissingen slechts in rechte aantastbaar zijn door gebruik van het enquêterecht als sprake is van (een vermoeden van) wanbeleid. In dit veld kan collectieve actie gerechtvaardigd zijn.

Tussen die uitersten staat Jaspers. Volgens hem blijkt uit de jurisprudentie dat een conflict met een werkgever dat niet direct als een arbeidsvoorwaarden-geschil aan te merken is, toch kan worden beschouwd als een belangengeschil zoals gedekt door artikel 6 lid 4 ESH.⁶ Hij bepleit een ruime opvatting van conflicten die als belangengeschillen kunnen worden gekwalificeerd; het moet gaan om geschillen die de werknemers in gezamenlijkheid raken en die door collectief onderhandelen kunnen worden opgelost.

In dit hoofdstuk zal ik analyseren welke middelen de vakorganisaties ter beschikking staan om het strategisch beleid te beïnvloeden en doe ik een poging het onderscheid tussen rechts- en belangenverschillen te verscherpen. De behandeling van dit thema kan niet los worden gezien van het debat over de positie van de vakorganisaties in de Nederlandse samenleving.

Volgens Beltzer is sprake van erosie van de legitimiteit van de vakorganisaties.⁷ De vakorganisaties worden geacht vanuit representatief oogpunt alle werkenden te vertegenwoordigen, maar die legitimatie is niet vanzelfsprekend. De vakorganisaties zijn relatief eenzijdig in hun ledensamenstelling en vertegenwoordigen al jaren een gering percentage van tussen de 20 en 30 procent van de

5. Fase 1983.

6. Jaspers 2004, p. 36.

7. Beltzer 2010, zo ook: Grapperhaus 2011 en Beltzer 2012.

werknemers.⁸ Daarnaast is discussie ontstaan over hun onafhankelijkheid, nu werkgevers steeds vaker de vakbondscontributie voor de aangesloten werknemers voldoen. Als juridische legitimatie geldt dat de vakbonden bij uitstek de organisaties zijn die het machtsevenwicht tussen de sterke werkgever en de zwakkere werknemer kunnen bewaken. Een bezwaar is wel dat bij uitoefening van het stakingsrecht werkwillige werknemers, of werknemers die geen lid zijn van de vakorganisaties die de staking ondersteunen, eveneens verstoken zijn van loon tijdens de periode waarin een georganiseerde staking plaatsvindt. Beltzer vraagt zich af of de erosie van legitimiteit zich voortzet, of dat bestaande vormen van legitimatie juist weer zullen worden versterkt. De economische terugval en de marktwerking in sectoren als de postbezorging hebben geleid tot een toenemend belang van collectief onderhandelen door de vakorganisaties.⁹

Grapperhaus meent daarentegen dat over de legitimiteit van de vakorganisaties weinig discussie kan ontstaan. Een vakbond is nodig voor een rechtvaardige en profijtelijke ontwikkeling van de arbeidsmarkt, die zowel werkgevers als werknemers een stimulerend perspectief biedt.¹⁰ Hij ziet de aanhang van de vakorganisatie als een losser verband dan het lidmaatschap, dat niet langer bepalend is voor de vraag wie over een collectieve arbeidsovereenkomst onderhandelt. Het gaat erom of werknemers, zonder enige verdere verplichting, bereid zijn hun vertrouwensstem te geven aan een bepaalde vakorganisatie en hij acht de huidige vakbond uitstekend toegesneden om namens werknemers onderhandelingen te voeren.

2 Rechtsgeschillen

In dit onderdeel zal ik bespreken welke juridische middelen de vakorganisaties hebben om op te treden tegen strategisch beleid dat hun onwelgevallig is. Van het belangrijkste rechtsmiddel waarover zij beschikken, de enquête, behandel ik eerst de materiële aspecten (nr. 2.1): welke beleidsaspecten lenen zich voor aantasting via een enquêteprocedure? Vervolgens komen de meer structurele aspecten aan de orde, door een bespreking van de concernenquête (nr. 2.2). Daarna behandel ik de andersoortige juridische middelen en acties die de vakorganisaties ter beschikking staan om de strategie te beïnvloeden en de

8. Zie ook de jaarlijkse tellingen van het Centraal Bureau voor de Statistiek, www.cbs.nl.

9. In 2012 werd de positie van de vakorganisaties verzwakt door een conflict in de federatie FNV, nu de grootste bonden (Abvakabo en FNV Bondgenoten) het niet eens konden worden met de andere bonden over het pensioenakkoord dat met het toenmalige kabinet was gesloten. Dit leidde tot een herstructurering van de organisatie. Zie Barentsen en Sagel 2012.

10. Grapperhaus 2013, p. 83.

HOOFDSTUK 6

vraag of zij tot schadevergoeding gehouden zijn als zij die middelen onjuist benutten (2.3 tot en met 3.3).

2.1 *Enquêterecht: procedures over strategisch beleid*

Volgens artikel 2:347 BW is tot het indienen van een enquêteverzoek bevoegd een vereniging van werknemers die in de onderneming van de rechtspersoon werkzame personen onder haar leden telt en ten minste twee jaar volledige rechtsbevoegdheid bezit, mits zij krachtens haar statuten ten doel heeft de belangen van haar leden als werknemers te behartigen en als zodanig in de bedrijfstak of onderneming werkzaam is. Van dat laatste is sprake als de vakorganisatie zich tegenover de ondernemer heeft gemanifesteerd, een criterium dat in vergelijkbare zin in de Wet melding collectief ontslag te vinden is. De meeste traditionele vakorganisaties zullen aan dit criterium voldoen. Een vereniging van werknemers is niet ontvankelijk indien zij niet van tevoren de relevante ondernemingsraad in de gelegenheid heeft gesteld schriftelijk van zijn gevoelens te doen blijken (artikel 2:349 lid 2 BW).

In hoofdstuk 4 (nr. 4.4.1) besprak ik de enquêteprocedures die de vakorganisaties in de zaken Batco, Ford, Hyster en Howson-Algraphy in samenwerking met de ondernemingsraad entameerden. Deze zaken dateren uit de periode 1980-1985, toen sprake was van een actieve opstelling van werknemersvertegenwoordigers bij geschillen over de strategie. Nadien heeft het lang geduurd voordat vakorganisaties een nieuw enquêteverzoek over strategische beleidskwesties indieden. Een aantal daarvan komt in het volgende onderdeel aan bod; hier beperk ik mij tot uitspraken waarin de materiële aspecten van het beleid centraal stonden.

In de zaak European Bulk Services (EBS),¹¹ een onderneming met als kernactiviteit overslag, opslag en bewerking van droge bulkproducten, stelden de vakorganisaties de kwaliteit van het strategisch beleid bij de Ondernemingskamer aan de orde, nu de vennootschap in korte tijd een groot aantal reorganisaties had doorgevoerd. Een eerste reorganisatie in 1993, waarbij de personeelsformatie van 1175 fte werd verlaagd tot 860 fte, werd in 1995 gevolgd door een nieuwe reorganisatie, waarbij de formatie werd gereduceerd tot 652 fte. Nauwelijks was deze voltooid of er deden zich in 1996 opnieuw aanzienlijke verliezen voor, waardoor opnieuw een reorganisatie noodzakelijk was en de formatie verminderde naar 376,8 fte. In november 1997 presenteerde ook de nieuwe bestuurder van EBS een reorganisatieplan, dat aanleiding vormde voor het enquêteverzoek. Daarin stelden de vakorganisaties onder meer dat het bestuur van EBS geen duidelijk en consistent beleid voerde.

11. HR 14 juli 2000, JOR 2000/175.

De Ondernemingskamer overwoog dat wanneer het bestuur van een onderneming in korte tijd drie reorganisaties doorvoert, die bovendien niet het gewenste effect sorteren, het de schijn wekt dat het niet voor zijn taak berekend is. Daarom kon worden getwijfeld aan de juistheid van het beleid van de vennootschap en dit bracht met zich mee dat het “alleszins begrijpelijk” was dat de vakorganisaties het verzoek hadden gedaan. Het nieuwe reorganisatieplan vormde, gelet op de omstandigheid dat EBS in de gevarenzone verkeerde, op zich geen gegronde reden om aan juist beleid van de vennootschap te twijfelen. Dat het in 1993, 1995 en 1997 uitgestippelde beleid niet het gewenste effect had gesorteerd, was naar het oordeel van de Ondernemingskamer onvoldoende reden om nu nog een onderzoek te laten instellen. Dit gold temeer nu het bestuur dat de eerdere reorganisaties had doorgevoerd inmiddels was vervangen door een van buiten aangetrokken bestuurder. Deze bestuurder werd kort na zijn aantreden met de verhoogde concurrentie geconfronteerd en kwam tot het inzicht dat EBS deze slag niet zou kunnen overleven. De Hoge Raad oordeelde in cassatie dat de Ondernemingskamer haar oordeel dat er onvoldoende reden was om aan de juistheid van het beleid van EBS te twijfelen, toereikend had gemotiveerd.

Uit de uitspraak blijkt dat het weinig had gescheeld of de enquête was gelast. Ik kan mij voorstellen dat het oordeel van de Ondernemingskamer de vakorganisaties onbevredigd achterliet: ook wanneer een nieuw bestuur is aangetreden kan het zinvol zijn een onderzoek naar het beleid in het verleden te laten verrichten, zeker wanneer de schijn is gewekt dat het voormalige bestuur niet op zijn taak was berekend. Een dergelijke enquête zou tot doel kunnen hebben de verantwoordelijken voor eventueel wanbeleid aan te wijzen en een rol te spelen bij beoordeling van het toekomstige strategisch beleid, doordat lessen uit het verleden worden getrokken. De toedeling van verantwoordelijkheid, al dan niet aan het gewezen bestuur, zou bovendien van belang kunnen zijn in eventuele procedures gebaseerd op kennelijk onredelijk ontslag of andersoortige arbeidsrechtelijke procedures. De uitspraak maakt overigens wel duidelijk dat de vakorganisaties hier niet onverantwoordelijk met het enquêterecht waren omgegaan.

In twee daaropvolgende enquêteprocedures hadden de vakorganisaties meer succes; in beide gevallen ging het vooral om het financiële beleid van de vennootschap. In de zaak *De Jong's Timmerfabriek*,¹² een fabriek waarin ongeveer 80 werknemers werkzaam waren, maakten de vakorganisaties bezwaar tegen het beleid van de bestuurder. Deze had de continuïteit van de onderneming in gevaar gebracht door gelden aan de vennootschap te onttrekken voor een zustervenootschap en door in strijd met het belang van de vennootschap verplichtingen aan te gaan waardoor zij in liquiditeitsproblemen was geraakt. Dit had onder meer tot gevolg dat de vennootschap niet in staat was om

12. OK 15 mei 2001, JOR 2001/145 m.nt. Josephus Jitta, en OK 26 juni 2001, JOR 2001/185.

HOOFDSTUK 6

noodzakelijke investeringen te doen en dat de verhoudingen tussen de bestuurder en het managementteam in ernstige mate verstoord raakten. De Ondernemingskamer trof onmiddellijke voorzieningen, waarin de bestuurder werd geschorst en drie personen gezamenlijk tot bestuurders van de vennootschap werden benoemd, evenals een commissaris met bijzondere bevoegdheden.

In de zaak Eleveld,¹³ een onderneming die zich toelegde op de productie van meubelen, legden de vakorganisaties aan het verzoek ten grondslag dat de vennootschap en haar twee dochters reeds geruime tijd stuurloos waren als gevolg van slechte familieverhoudingen. Daarnaast bestond onvoldoende inzicht in de financiële en administratieve gang van zaken van de vennootschappen. Hierdoor kwam de financiering van de vennootschappen in gevaar en stond de werkgelegenheid van alle werknemers op het spel. De Ondernemingskamer kwam tot het oordeel dat het bestuur zodanig tekortschoot dat niet alleen sprake was van gegronde redenen voor twijfel aan een juist beleid, maar dat dit ook, in het bijzonder met het oog op de continuïteit van de vennootschappen en daarmee het behoud van de werkgelegenheid, noopte tot het bij wijze van onmiddellijke voorziening schorsen van het bestuur en het benoemen van een derde tot bestuurder.

De zaak PCM

De vakorganisaties boekten eveneens succes in hun enquêteprocedure gericht tegen het (strategisch) beleid van PCM,¹⁴ een uitgever van verschillende dagbladen. Deze zaak is uitgebreid in de literatuur besproken, waarnaar ik hier verwijs.¹⁵

De strategie van PCM bestond sinds de jaren negentig uit zogenaamde basisverbreiding, een verbreding van de activiteiten buiten het krantendomein, onder meer door overnames van boekenuitgeverijen. Toen die strategie geen succes had, werd een financiële of strategische koper gezocht en werd het Britse private-equityfonds Apax indirect grootaandeelhouder van PCM. De transactie vond plaats in de vorm van een *leveraged buy-out* (LBO), waarbij veel vreemd vermogen werd gebruikt bij de financiering van de koopprijs (zowel aandeelhoudersleningen als bankfinanciering), en de overige financiering door een *debt pushdown* voor rekening van PCM en zijn werkmaatschappijen werd gebracht. Dat laatste resulteerde in het aangaan van bankleningen door PCM, waarvan

13. OK 10 maart 2006, ARO 2006/60.

14. OK 10 januari 2008, JOR 2008/39 m.nt. Brink en m.nt. Van het Kaar in SR 2008-4, Honée in Ondernemingsrecht 2008-3; Ondernemingskamer 27 mei 2010, JOR 2010/189 m.nt. Stevens en m.nt. Barneveld in Ondernemingsrecht 2010-91, en Duk in ArA 2010 (9) 3.

15. Zie Barneveld 2009, Schoordijk 2009 en Kaemingk 2010.

de opbrengst werd uitgekeerd aan de holding en waarmee hoge rentelasten gepaard gingen. In 2006 verkocht Apax haar belang terug aan de oorspronkelijke aandeelhouders van PCM (waaronder de Stichting Democratie en Media – SDM – die aanvankelijk meerderheidsaandeelhouder van PCM was), zonder dat aan de strategie van basisverbreding uitvoering was gegeven. Op dat moment was de vermogenspositie van PCM zeer slecht, terwijl Apax een hoog rendement uit de participatie in PCM behaalde.

De Ondernemingskamer gaf gehoor aan het verzoek van de vakorganisaties van PCM om een onderzoek te gelasten naar de gang van zaken rondom de participatie van Apax. De kamer overwoog onder meer dat de vraag rees of PCM, gezien de hoge rentelasten die het gevolg waren van de financieringswijze (zodanig dat deze de winst van PCM over elk van de drie aan de overname voorafgaande jaren ver overstegen), wel in staat was structureel de lasten op te brengen die voortvloeiden uit de financieringsstructuur zoals die was ontstaan bij de komst van Apax in 2004. Daarnaast was onduidelijk in hoeverre kon worden volgehouden dat de toetreding van Apax noodzakelijk was voor de continuïteit van PCM. Gezien het relatief spoedige uittreden van Apax ontstond de vraag welke bijdrage dit fonds had geleverd aan de strategie van PCM en op welke wijze zijn betrokkenheid, inclusief de beëindiging daarvan, in het vennootschappelijke belang van PCM was. De Ondernemingskamer overwoog dat het recht van de vakorganisaties om het bevelen van een onderzoek te verzoeken niet beperkt is tot het beleid van de rechtspersoon op sociaal en economisch gebied. Voorts gold dat de vakorganisaties bevoegd waren een onderzoek uit te lokken bij de concernvennootschappen van PCM (zie over de concernenquête hierna onder 2.2).

Ook in de tweede fase van de enquêteprocedure stelde de Ondernemingskamer de vakorganisaties in het gelijk en kwam zij tot de conclusie dat sprake was van wanbeleid bij PCM. De Ondernemingskamer overwoog dat het effectueren van een LBO steeds gepaard gaat met een aanzienlijke belasting van de doelwitvennootschap. Door dit kenmerk vereiste de LBO de bijzondere aandacht van het bestuur en de raad van commissarissen, die het tot hun taak moesten rekenen de door de vennootschap te behalen aan een LBO verbonden voordelen af te wegen tegen de nadelen. Daarbij was van belang dat aan het uitgangspunt om de herfinanciering te laten plaatsvinden tegelijkertijd met de implementatie van de strategie geen heldere analyse ten grondslag lag. Het bestuur en de raad van commissarissen hadden evenmin een analyse gemaakt van de vraag of de toetreding van een nieuwe aandeelhouder door een LBO in het belang van PCM was. Deze omstandigheden wogen zwaarder nu bij PCM sprake was van een besturingsprobleem, dat medio 2004 niet was opgelost. Dit probleem werd met name veroorzaakt door het optreden van SDM, die zich volgens de onderzoekers actief met het beleid bezighield, hetgeen tot het exclusieve

HOOFDSTUK 6

domein van het bestuur van PCM behoorde. Die actieve inmenging leidde onder meer tot de blokkering van de beoogde fusie met VBK, een onderneming buiten het krantendomein.

De Ondernemingskamer constateerde dat er een spanningsveld was tussen de belangen van de stichtingen enerzijds en het bestuur en de raad van commissarissen van PCM anderzijds, dat checks and balances op aandeelhoudersniveau gebrekkig functioneerden en dat er sprake was van een lijdelijke rol van de raad van commissarissen, die de problematiek niet naar behoren aanpakte. De tekortkomingen in de governance van PCM hadden consequenties voor de besluitvorming die leidde tot de transactie met Apax. De kamer stelde voorts vast dat de LBO neerkwam op een betaling van een hoog bedrag aan rente en dividend aan de aandeelhouders en een zeer aanzienlijke verzwaring van de jaarlijkse vergoeding voor eigen en vreemd vermogen, die in hoofdzaak aan de aandeelhouders ten goede kwam, zonder dat het door hen ter beschikking gestelde kapitaal benut kon worden voor het verwezenlijken van de strategische doelstellingen, die geacht werden door de LBO mogelijk te worden.

Ook Apax had het belang van PCM in zijn afwegingen over de transactie moeten betrekken, mede gelet op hetgeen ingevolge artikel 2:8 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Voor de private-equitypartij die zich als toekomstig aandeelhouder in een vennootschap aandient, heeft te gelden dat zij in haar handelen bij het verkrijgen van een belang in de doelwitvennootschap niet alleen de eigen belangen, maar ook de vennootschappelijke belangen van de doelwitvennootschap dient te betrekken.

De Ondernemingskamer besteedde voorts aandacht aan de managementparticipatieregeling die Apax aan het bestuur van PCM had aangeboden. Hoewel de kamer erkende dat het op zich geen ongebruikelijk instrument betrof, oordeelde zij dat de koppeling aan de exitprijs voor Apax het risico met zich meebracht van een belangenconflict tussen het bestuur en het belang van de vennootschap, waarbij bovendien moest worden gekeken naar de vraag of de regeling als proportioneel kon worden gekwalificeerd. Dat was bij PCM niet het geval: er was niet onderzocht of de gehanteerde factoren in de omstandigheden van het geval redelijk waren, en een maximering ontbrak. De raad van commissarissen had deze thema's aan de orde moeten stellen.

Tot slot oordeelde de Ondernemingskamer negatief over de bonus die bij het vertrek van een van de bestuurders zou worden uitgekeerd indien belangrijke stappen waren gezet in de implementatie van de strategie, ondanks het feit dat naar het oordeel van de onderzoekers van een dergelijke implementatie geen sprake was. Het uitbetalen van die bonus was naar het oordeel van de kamer een

factor die bijdroeg tot het oordeel dat het ondernemingsbeleid op het punt van de governance tekort was geschoten.

De Ondernemingskamer kwam tot de conclusie dat in de periode van 2004 tot en met 2007 sprake was van wanbeleid en vernietigde de besluiten van de algemene vergadering tot het verlenen van decharge aan het bestuur en de raad van commissarissen van PCM in deze jaren. Het verzoek van de vakorganisaties om een aantal besluiten over de debt pushdown, de managementparticipatieregeling en de afvloeiingsregelingen te vernietigen werd afgewezen. De kamer oordeelde dat, mede gezien de complexiteit van de besluitvorming, het aan het huidige bestuur en de huidige raad van commissarissen van PCM was om die besluiten te heroverwegen en zo nodig maatregelen te nemen.

In zijn commentaar op deze laatste beschikking schrijft Kaemingk¹⁶ dat hij niet gelooft dat de Ondernemingskamer heeft willen oordelen dat een met veel bankschuld gefinancierde overname, gevolgd door een debt pushdown waardoor de overgenomen vennootschap die schuld zelf moet gaan aflossen, op zichzelf het oordeel wanbeleid rechtvaardigt. Ik ben dit met hem eens: er zijn zeker omstandigheden denkbaar waarin een dergelijke vorm van financiering gerechtvaardigd is. Wat de vakorganisaties met de PCM-zaak in mijn ogen hebben bereikt, is dat de Ondernemingskamer een aantal belangrijke beginselen bij de beoordeling van het optreden van private-equitypartijen heeft neergelegd.

De belangrijkste daarvan zijn: (1) het effectueren van een LBO gaat steeds gepaard met een aanzienlijke financiële belasting van de doelwitvennootschap; (2) daardoor is bijzondere aandacht vereist van het bestuur en de raad van commissarissen van de vennootschap; (3) ook investeerders die van plan zijn door een LBO in een vennootschap te participeren, moeten het belang van die vennootschap meewegen; (4) een managementparticipatieregeling gekoppeld aan waardecreatie voor aandeelhouders houdt naar haar aard het risico van belangenconflicten in; (5) het uitkeren van een bonus bij vertrek van een bestuurder, zonder dat aan de relevante prestatiecriteria is voldaan, kan bijdragen tot het oordeel dat er sprake is van wanbeleid. Ik beschouw deze beginselen als belangrijke winstpunten voor vakorganisaties die op het terrein van strategisch beleid het verschil willen maken.

De PCM-zaak geeft daarnaast handvatten voor de samenwerking met de ondernemingsraad. Barneveld wijst erop dat uit het onderzoeksverslag blijkt dat naar het oordeel van de onderzoekers alleen de ondernemingsraad bij zowel de toe- als de uitstroom van Apax de juiste vragen stelde. De raad vroeg om op prognoses gebaseerde afwegingen van de voor- en nadelen van de LBO en

16. Kaemingk 2010.

stelde bij de herfinanciering van de Apax-lening de vraag of dit in het belang van de vennootschap was.¹⁷ Deze vragen is door de enquêteprocedure van de vakorganisaties kracht bijgezet. Uit de tweedefasebeschikking van de Ondernemingskamer blijkt voorts dat de raad tot een positief advies was gebracht door hem een ingrijpende wijziging van de strategie te verzwijgen, wat zeker tot het oordeel wanbeleid zal hebben bijgedragen.

Overige enquêtebeschikkingen over strategisch beleid

De laatste twee procedures die ik in dit onderdeel wil behandelen verliepen voor de vakorganisaties minder succesvol. De vakorganisaties voegden zich als belanghebbenden in de bodemprocedure rondom ABN AMRO en steunden het verzoek van de Vereniging van Effectenbezitters e.a. tot het bevelen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de bank.¹⁸ Dat verzoek richtte zich op de verkoop van LaSalle, een thema dat in de fase van de onmiddellijke voorzieningen al (uitgebreid) was uitgeprocedeerd, zodanig dat die verkoop toch doorgang kon vinden.¹⁹ Waarschijnlijk omdat de strijd rondom de bank inmiddels gestreden was, wees de Ondernemingskamer de verzoeken af. Zij oordeelde dat de verkoop van LaSalle alleen tot twijfel kon leiden als (1) moest worden geoordeeld dat deze jegens vooral de aandeelhouders onrechtmatig was, (2) de verkoop te gelden had als een onaanvaardbare beschermingsmaatregel of (3) het bestuur en de raad van commissarissen van ABN AMRO hadden gehandeld met miskenning van de gerechtvaardigde belangen van één of meer derden. Aangezien het bestuur en de raad van commissarissen reeds geruime tijd serieus nadachten over wijziging van de strategie – bestaande uit de verkoop van de Noord-Amerikaanse activiteiten, waaronder LaSalle – en die niet als onaanvaardbaar aangemerkt kon worden, kwam het niet tot het bevelen van een onderzoek. Ik verwijs verder naar hetgeen ik hierover in hoofdstuk 4 onder 3.4.1 heb geschreven.

Daarnaast wees de Ondernemingskamer een verzoek van de vakorganisaties tot het bevelen van een onderzoek naar het beleid van Friesland Vlees af.²⁰ Deze vennootschap exploiteerde een slachthuis in Leeuwarden, dat in een aantal televisieprogramma's in verband werd gebracht met misstanden in de vleessector, waardoor onrust was ontstaan bij toeleveranciers van runderen. Deze situatie leidde tot het besluit van het bestuur om te trachten een koper te vinden voor de slachterij en de bedrijfsuitrusting, hetgeen resulteerde in de verkoop van de onderneming aan een projectontwikkelaar, die de slachtactiviteiten niet

17. Barneveld 2009.

18. OK 17 april 2008, JOR 2008/157, m.nt. Doorman.

19. HR 13 juli 2007, JOR 2007/178, m.nt. Nieuwe Weme.

20. OK 22 september 2008, JOR 2009/36, m.nt. Sprengers.

wilde continueren. De vennootschap en de vakorganisaties bereikten vervolgens overeenstemming over een sociaal plan voor de afvloeiing van alle werknemers van de vennootschap.

In een daaropvolgende enquêteprocedure verweet FNV Bondgenoten de vennootschap dat zij onvoldoende onderzoek had gedaan naar mogelijkheden om de onderneming over te dragen aan een derde die bereid was de activiteiten voort te zetten. De Ondernemingskamer overwoog dat de vennootschap aannemelijk had gemaakt dat zij, vanaf het moment dat ze in zwaar weer was komen te verkeren, zich ervoor had ingespannen om de negatieve gevolgen van de media-aandacht te voorkomen en haar beleid erop gericht was de onderneming te continueren. De Ondernemingskamer vond het begrijpelijk dat haar inspanningen in eerste instantie gericht waren op het zelfstandig continueren van de activiteiten. Nu er zich geen kandidaten voor overname van de onderneming hadden gemeld, kon in redelijkheid niet worden verlangd dat de vennootschap de mogelijkheden tot de overdracht aan een derde alsnog zou gaan onderzoeken; FNV Bondgenoten had ook niet aangevoerd welke activiteiten ze had moeten ondernemen. Ook het verwijt van FNV dat de vennootschap in strijd handelde met haar verplichtingen als goed ondernemer, door de vakorganisaties niet te informeren over haar voornemen om de panden en de inventaris te verkopen aan een belegger, werd gepasseerd. De kamer stelde vast dat FNV Bondgenoten met de vennootschap in overleg was getreden over het opstellen van een sociaal plan voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomsten van alle werknemers. Het uitgangspunt van dat overleg was dan ook de beëindiging van de onderneming, waarmee vaststond dat de bedrijfsmiddelen niet langer zouden worden aangewend. De Ondernemingskamer vond het niet van belang of die bezittingen zouden blijven behoren aan de vennootschap of zouden worden overgedragen aan een derde, die deze ook niet zou aanwenden voor de exploitatie van een slachterij.

In zijn annotatie stelt Sprengers dat de Ondernemingskamer een te beperkte visie heeft op wat van de vennootschap in een situatie als deze mag worden verlangd. Hij meent dat het legitiem is dat een vennootschap eerst tracht de onderneming zelf voort te zetten, maar dat daarna actieve handelingen van haar mogen worden verwacht om op zoek te gaan naar een koper, waarbij behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid een belangrijke maatstaf is. Ik meen dat de Ondernemingskamer het besluit tot verkoop terecht heeft geplaatst binnen de vaststelling dat sprake was van een noodsituatie en een grote tijdsdruk, die volgde op de negatieve media-aandacht en het wegvallen van toeleveranciers. In die omstandigheden dient de vennootschap snel te handelen en kunnen wellicht lagere eisen worden gesteld aan de zorgvuldigheid die onder normale omstandigheden geldt. Daarbij zal – indachtig de Batco-jurisprudentie uit 1980-1985 – in belangrijke mate hebben meegewogen dat de vennootschap

tijdig overleg had gezocht met de vakorganisatie over de totstandkoming van een sociaal plan en daarover overeenstemming had bereikt. In die zin was rekening gehouden met de belangen van de werknemers.

2.2 *Enquêterecht: de concernenquête*

In dit onderdeel zal ik de aandacht richten op uitspraken waarin de werking van het enquêterecht van de vakorganisaties in concernstructuren vooropstaat. Op dat punt hebben de vakorganisaties pionierswerk verricht. Op hun verzoek kwam de eerste uitspraak tot stand waarin een concernenquête is gelast. In de zaak Janssen Pers oordeelde de Ondernemingskamer dat het een werknemersorganisatie is toegestaan een onderzoek uit te lokken, niet alleen bij de onderneming waar leden van de werknemersorganisatie werkzaam zijn, maar ook bij dochtervennootschappen van die vennootschap.²¹

Over de concernenquête is veel geschreven en ik verwijs naar de commentaren in de literatuur.²² In zijn algemeenheid komt het bij de toepassing van het enquêterecht vooral aan op de economische werkelijkheid, bijvoorbeeld omdat binnen de dochtermaatschappij geen sprake is van enig zelfstandig bepaald beleid, zodat het beleid van die dochtervennootschappen de belangen van de stakeholders evenzeer raakt als dat van de moedervennootschap.²³ De wetgever heeft bij de wijziging van het enquêterecht de vereisten voor doorbraak in concernverhoudingen samengevat. Ten eerste moet het gaan om overwegende zeggenschap van de moedervennootschap, ten tweede moet de moeder met de uitoefening van die zeggenschap verder gaan dan haar bevoegdheden als aandeelhouder.²⁴ In die situaties kan een aandeelhouder van de moedervennootschap behalve bij haarzelf ook bij haar dochters om een enquête verzoeken. Eveneens is het onder omstandigheden mogelijk dat een enquête wordt gelast bij de moeder van een vennootschap waartegen een enquête wordt verzocht.

De enquêtebevoegdheid gaat niet zo ver dat een buitenlandse vennootschap onderwerp van onderzoek kan zijn.²⁵ Evenmin kan een concernenquête worden gelast bij een vennootschap naar buitenlands recht, ook niet indien haar aandelen volledig in handen zijn van een Nederlandse vennootschap.²⁶ Onder omstandigheden kan een aandeelhouder in een buitenlandse vennootschap wel

21. OK 17 maart 1994, NJ 1995/408.

22. Geerts 2004, p. 115, Winters en Ploeger 2007, p. 12, Van Wijk 2009, p. 14, Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009, nr. 739, Bartman/Dorresteyn 2009, p. 305, Ingelse 2012, Van Solinge 2012.

23. HR 4 februari 2005, JOR 2005/58 m.nt. Van den Ingh (Landis).

24. Kamerstukken II 2010-2011, 32 887, nr. 3, p. 10.

25. HR 13 mei 2005, JOR 2005/147 (Zeelandia).

26. HR 8 april 2011, JOR 2011/178 m.nt. Doorman (Bamford).

worden aangemerkt als economisch gerechtigde in een Nederlandse vennootschap, maar dit leerstuk is voor de vakorganisaties minder relevant.²⁷ In dit onderdeel bespreek ik uitsluitend concernenquêtes die voor hun optreden van belang zijn.

De zaak IJsselwerf

De IJsselwerfzaak is een goed voorbeeld van samenwerking tussen vakorganisaties en ondernemingsraad. IJsselwerf vormde een onderdeel van de YVC-groep, die zich toeleide op de exploitatie van een scheepswerf en twee reparatiewerven, waarvan YVC Holding de moedervernootschap was. De groep had ongeveer 800 werknemers in dienst, van wie 265 bij IJsselwerf; YVC Holding had geen werknemers in dienst. IJsselwerf bouwde schepen en had een vestiging in Capelle aan den IJssel en een in Groot-Ammers. De reparatiewerven waren ondergebracht in Bolnes en Schiedam. De activa van de YVC-groep waren ondergebracht in afzonderlijke besloten vennootschappen. Het businessplan van de holding voorzag in een concentratie van de activiteiten: de reparatiewerf in Bolnes zou verhuizen naar Schiedam en de werf in Capelle aan den IJssel zou eveneens naar Schiedam worden verplaatst.

Op 27 januari 1999 had IJsselwerf door een activa-passivatransactie de reparatiewerf van Wilton-Feyenoord overgenomen, waarbij met de vakorganisaties een werkgelegenheidsgarantie van twee jaren na transactiedatum was overeengekomen. In mei 1999 was binnen de YVC-groep een geheim conceptplan opgesteld voor de reorganisatie van IJsselwerf, dat voorzag in de afvloeiing van ongeveer 60% van de werknemers in Capelle aan den IJssel. In augustus 1999 werd aan IJsselwerf surseance van betaling verleend, waartegen de werknemers bezwaar maakten.

De eerste stap was een door de ondernemingsraad ingevolge artikel 25 WOR gevoerde beroepsprocedure. Daarbij kwam de vraag aan de orde of over het besluit tot het aanvragen van surseance van betaling door de ondernemer advies gevraagd had moeten worden aan de ondernemingsraad. De Ondernemingskamer beantwoordde die vraag bevestigend, maar de Hoge Raad liet dat oordeel niet in stand.²⁸ Het surseancebesluit strekte er niet toe een belangrijke wijziging te brengen in de organisatie van de onderneming of in de verdeling van de bevoegdheden. De benoeming van een bewindvoerder bracht geen verandering in de interne verdeling van de bevoegdheden, en voor zover de surseance aangevraagd werd in verband met de mogelijke bedoeling de onderneming

27. HR 10 juni 2013, JOR 2013/166 m.nt. Doorman (Chinese Workers). Zie verder Van Solinge 2012.

28. HR 6 juni 2001, JOR 2001/146, m.nt. Kortmann.

HOOFDSTUK 6

geheel of gedeeltelijk te staken, bleef het adviesrecht van de ondernemingsraad na de verleende surseance van betaling in stand.

De tweede stap was een verzoek om een enquête te houden naar het beleid van IJsselwerf en YVC Holding.²⁹ Dit verzoek werd toegewezen. Onder verwijzing naar de uitspraak in de zaak Janssen Pers overwoog de Ondernemingskamer dat artikel 2:347 BW zo moet worden uitgelegd, dat een vakorganisatie bevoegd is een enquête uit te lokken bij concernvennootschappen van de rechtspersoon in wiens onderneming personen werken die bij haar als lid zijn aangesloten. Dat klemde in dit geval des te meer nu het verzoek was gebaseerd op beweerd wanbeleid doordat IJsselwerf in wezen haar ondernemingsactiviteiten zou beëindigen, op welk beleid de holding in beslissende mate invloed had. De Ondernemingskamer wees het onderzoek toe, omdat zij aannemelijk achtte dat sprake was van een welbewust afstevenen op een beëindiging van IJsselwerf, mede gezien de gegeven werkgelegenheidsgarantie en het feit dat binnen IJsselwerf en de holding al eerder werd gewerkt aan een afvloeiingsplan voor 60% van het personeel. Het onderzoek mocht op moeder en dochter betrekking hebben, zij het dat dit voor de holding niet verder mocht gaan dan haar beleid van IJsselwerf. In de tweedefasebeschikking stelde de Ondernemingskamer overigens vast dat uit het onderzoek niet was gebleken van een dergelijk voornemen om welbewust af te stevenen op een beëindiging van IJsselwerf en wees zij het verzoek van de vakorganisaties tot het vaststellen van wanbeleid af.³⁰

De waarschuwingfunctie van de enquête: de zaak Esteves

Ook in de zaak Esteves werden de bonden ontvankelijk verklaard in hun verzoek tot het houden van een concernenquête.³¹ DTG was de holdingvennootschap van een wereldwijd concern dat zich toelegde op de fabricage van en handel in diamanten. Dochtervennootschap Esteves maakte deel uit van een divisie, samen met een onderneming in Spanje en een in Polen. Na de verwerving van de Spaanse onderneming was het management van de divisie geconcentreerd in Spanje. In 2002 verzocht het Nederlandse bestuur van Esteves aan de personeelsvertegenwoordiging advies over een voorgenomen reorganisatie, die zou leiden tot de beëindiging van het dienstverband van bijna de helft van de circa 50 medewerkers. Hiervoor werd met de vakorganisaties een sociaal plan overeengekomen. Kort daarop nam een lid van de raad van commissarissen het bestuur van DTG over en formuleerde hij, vanwege de

29. OK 21 oktober 1999, JOR 1999/228, m.nt. Van den Ingh. Dit oordeel bleef in cassatie in stand, zie HR 9 augustus 2001, JOR 2001/147.

30. OK 9 november 2000, JOR 2000/241.

31. OK 14 mei 2004, JOR 2004/195 m.nt. Van den Ingh en m.nt. Van het Kaar in SR 2004, 75.

onbevredigende situatie waarin het concern zich bevond, een strategisch plan. Het plan bevatte onder meer de conclusie dat de productiecapaciteit in de lagelonenlanden (Polen en Mexico) beter benut moest worden en dat het aantal ondernemingen in Europa moest worden teruggebracht van drie naar twee. Dit laatste zou worden gerealiseerd door de productieactiviteiten van Esteves over te brengen naar Polen en Spanje en de onderneming in Nederland te sluiten. De aandeelhouders en commissarissen van DTG keurden het strategisch plan goed, maar de personeelsvertegenwoordiging van Esteves bracht een negatief advies uit over de strategiewijziging.

FNV Bondgenoten verzocht vervolgens een enquête naar het beleid en de gang van zaken van zowel DTG als Esteves. De Ondernemingskamer overwoog dat de stelling van DTG dat de vakorganisatie niet ontvankelijk was omdat bij haar geen leden werkzaam waren, moest worden afgewezen. Het bestreden besluit vond zijn grond in het door de holding niet alleen als aandeelhouder en statutair bestuurder van de dochter, maar ook als holding zelf bepaalde beleid, uitmondend in het reorganisatiebesluit. Een onderzoek kon zich daarom ook uitstrekken tot het beleid van DTG, voor zover dat verband hield met de beslissing de productieactiviteiten van Esteves te beëindigen.

In hun annotaties uiten Van den Ingh en Van het Kaar kritiek op deze redenering van de Ondernemingskamer, die zij wat aan de magere kant achten. Volgens hen ontstaat er pas een rechtvaardiging voor een concernenquête wanneer aannemelijk is dat voorzieningen op dochterniveau niet het gewenste effect opleveren. Die eis heeft de kamer niet gesteld. Ik maak daaruit op dat, juist bij verzoeken van vakorganisaties, relatief snel tot de conclusie wordt gekomen dat sprake is van ontvankelijkheid van een verzoek tot het bevelen van een onderzoek naar het beleid van zowel de holding- als de dochtervennootschap.

In de zaak Esteves toetste de Ondernemingskamer eerst of de aangevoerde economische gronden voor het overbrengen van de productiecapaciteit twijfel opriepen over de juistheid van het beleid. Zij oordeelde dat dit niet het geval was nu, gezien vanuit het concern, inkrimping van de divisie onvermijdelijk was. Een verplaatsing van de productie in omgekeerde richting zou voor het concern onvoordelig zijn, en de door FNV Bondgenoten aangedragen alternatieven waren onvoldoende om de divisie weer structureel gezond te maken. Gezien de rol van DTG als hoedster van het concernbrede belang viel haar beleid te billijken. Voorts viel het besluit ook de vennootschap Esteves toe te rekenen, nu haar overname van het op haar betrekking hebbende onderdeel uit het strategisch plan kon worden gekenschetst als een omstandigheid waardoor aan een juist beleid van Esteves moest worden getwijfeld. De

HOOFDSTUK 6

Ondernemingskamer vond het van belang dat de wijze waarop het bestuur van Esteves in de besluitvorming rond het concept voor het strategisch plan had geparticipeerd van dien aard was dat niet gezegd kon worden dat Esteves' belangen daarbij onvoldoende betrokken waren.

FNV Bondgenoten stelde daarnaast dat DTG een beleid van meerjarige verwaarlozing jegens Esteves had gevoerd. Dat verwijt richtte zich vooral op een dividenduitkering in 1999, die een zware aanslag betekende op het eigen vermogen van Esteves. Voorts werd gesteld dat DTG had nagelaten de positie van Esteves te versterken, doordat ze geen adequaat commercieel stimuleringsbeleid had gevoerd. De Ondernemingskamer stelde vast dat de onttrekking inderdaad bijna de helft uitmaakte van de achteruitgang van het eigen vermogen van Esteves in de jaren 1998 tot en met 2002. Daardoor was de onderneming in Nederland gemarginaliseerd, vergeleken met die in Spanje, en vond de kamer dat er gegronde redenen waren om te twijfelen aan een juist beleid van DTG jegens Esteves in de jaren 1996 tot en met 2002. FNV Bondgenoten werd de vraag gesteld of zij vond dat een onderzoek daarover opportuun was, nu de Ondernemingskamer, gezien de verwerping van de economische verwijten, geen aanleiding zag voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen.

In zijn annotatie schreef Van het Kaar dat hij zich kon voorstellen dat FNV Bondgenoten een waarschuwingssignaal naar andere ondernemingen zou willen zenden door op een dergelijk onderzoek aan te dringen. De vakorganisatie heeft hiervan afgezien. Wanneer ik kijk naar de resultaten uit de PCM-enquête (waar ook het beleid van onttrekkingen aan de orde werd gesteld) en de signalen die de Ondernemingskamer in deze beschikking over de dividenduitkering gaf, kan ik niet uitsluiten dat een dergelijk onderzoek wel degelijk aanleiding had kunnen geven tot de vaststelling dat bij DTG en Esteves sprake was van wanbeleid. Wanneer de bond op een dergelijk onderzoek had aangedrongen, kan niet worden uitgesloten dat dit voor hem succesvol zou zijn geëindigd. Daarmee bedoel ik niet dat het waarschijnlijk was dat het reorganisatiebesluit alsnog kon worden aangetast, maar wel dat de concernstrategie van de holding als wanbeleid zou worden gekwalificeerd en dit in een tweede fase mogelijk zelfs tot voorzieningen ingevolge artikel 2:356 BW zou hebben geleid.

De waarschuwingsfunctie van de enquête had een belang op zichzelf tot voortzetting van de procedure kunnen zijn. Het gebrek aan resultaat van deze enquête is dus mede het gevolg geweest van een door FNV Bondgenoten gemaakte keuze.

Ruime procesbevoegdheden voor vakorganisaties: de concernenquête Meavita

De zaak Meavita vormt het laatste hier te behandelen voorbeeld van een succesvol door de vakorganisaties uitgelokte concernenquête.³² Meavita was door fusies en overnames uitgegroeid tot een concern van stichtingen en besloten vennootschappen, die zich alle bezighielden met de verlening van zorg en thuiszorg. Het had meer dan 20.000 werknemers en een omzet van meer dan 500 miljoen euro. De stichting Meavita Nederland was geplaatst in de top van het concern en had ten doel de andere stichtingen en de vennootschappen van het concern aan te sturen. Het bestuur van Meavita Nederland vormde een personele unie met de besturen van vier subholdings. Meavita Nederland had minder dan 30 werknemers in dienst.

Vanaf 2007 deden zich bij het Meavita-concern financiële tekorten voor. Die werden in 2008 openbaar en leidden tot betrokkenheid van de Nederlandse Zorgautoriteit en het College Sanering Zorginstellingen. Om de dienstverlening veilig te stellen werden door ingrijpen van de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn & Sport bedrijfsactiviteiten overgeheveld naar twee nieuwe stichtingen. Vervolgens is een groot aantal rechtspersonen uit het concern gefailleerd. Uit een onderzoek in opdracht van het College Sanering Zorginstellingen bleken de hoofdoorzaken daarvoor te zijn: (1) organisatorische problemen, waardoor de fusies en overnames feitelijk niet werden geëffectueerd; (2) niet tijdig en niet adequaat inspelen op de uitvoering van de Wet maatschappelijke ondersteuning; (3) problemen bij de uitwerking en toepassing van productieafspraken, onder meer vanwege een gebrekkige inrichting van de administratie. Dit leidde tot een verzoek van Abvakabo FNV tot een onderzoek naar het beleid bij Meavita.

De Ondernemingskamer passeerde de ontvankelijkheidsverweren die werden opgeworpen, te weten (1) of bij stichtingen die geen onderneming meer voeren een onderzoek kon worden bevolen; (2) of Abvakabo FNV nog wel bevoegd was een enquêteverzoek in te dienen nu bij de rechtspersonen geen medewerkers meer werkzaam waren; (3) of een concernenquête bij de stichtingen mogelijk was.

De Ondernemingskamer overwoog bij het eerste verweer dat artikel 2:344 BW bepaalt dat het enquêterecht alleen van toepassing is op stichtingen die een onderneming in stand houden waarvoor een ondernemingsraad moet worden ingesteld. Nu vaststond dat geen van de stichtingen tijdens de indiening van het verzoekschrift nog een onderneming in stand hield, zou naar de letter van de wettelijke bepaling daarvoor niet langer een onderzoek kunnen worden

32. OK 14 april 2010, JOR 2010/185 m.nt. Bartman.

HOOFDSTUK 6

bevolen. Een redelijke en op de praktijk toegesneden wetstoepassing bracht volgens de Ondernemingskamer in dit geval met zich mee dat vereist was dat de betreffende stichting *tijdens de te onderzoeken gedragingen* een onderneming in stand hield. Daarvan was steeds sprake, en het stond vast dat binnen het Meavita-concern een groot aantal ondernemingsraden bestond, die gezamenlijk drie groepsondernemingsraden hadden opgericht, waarboven een centrale ondernemingsraad fungeerde.

Een redelijke wetstoepassing leidde eveneens tot het passeren van het tweede ontvankelijkheidsverweer. Vast stond dat tijdens het indienen van het verzoek geen personen meer bij de stichtingen werkzaam waren. Artikel 2:347 BW moet zo worden toegepast dat het verzoek ontvankelijk wordt verklaard indien de desbetreffende vakvereniging tijdens de te onderzoeken gedragingen leden had onder de werknemers van de te onderzoeken rechtspersoon en dit vanwege het faillissement van de rechtspersoon niet langer het geval is.

Het derde verweer betrof de vraag of het wel mogelijk was om een concernenquête in te stellen als de samenwerkende ondernemingen gedeeltelijk door stichtingen in stand werden gehouden, zoals bij Meavita het geval was. De Ondernemingskamer oordeelde dat niet in te zien viel dat er onderscheid moest worden gemaakt naar gelang van de rechtsvorm van de te onderzoeken rechtspersoon die de onderneming in stand hield. Meavita Nederland en de subholdings maakten deel uit van dezelfde economische en organisatorische eenheid, zodat de rechtspersonen konden worden aangemerkt als een concern en een onderzoek naar het beleid daarvan kon worden gelast.³³

De hierboven geschreven situaties hebben betrekking op het gebruik van het enquêterecht in concernverhoudingen. Ook in andersoortige juridische procedures hebben vakorganisaties, soms met succes, in concernverband kunnen optreden, bijvoorbeeld bij aansprakelijkheid op grond van een onrechtmatige daad in groepsverhoudingen. Zo kan de moedervernootschap, bij een intensieve betrokkenheid bij de onderhandelingen over een sociaal plan voor werknemers van haar dochters, wegens een onrechtmatige daad aansprakelijk worden gehouden voor de hieruit voortvloeiende verplichtingen tegenover de werknemers. Voor een goede behandeling van dit onderwerp verwijs ik naar de dissertatie van Zwemmer.³⁴

33. In een vervolgbeschikking gaf de Ondernemingskamer eveneens een ruime uitleg aan artikel 2:347 BW en wees zij een aanvullend verzoek tot uitbreiding van de concernenquête naar twee niet langer verbonden rechtspersonen toe, zie OK 30 mei 2011, JOR 2011/219.

34. Zwemmer 2012, p. 253 e.v.

2.3 *Wet melding collectief ontslag*

De kern van het collectieve ontslagrecht in Nederland wordt gevormd door de Wet melding collectief ontslag (WMCO).³⁵ De essentie daarvan is de verplichting van de werkgever om een voornemen tot collectief ontslag te melden bij de overheid (het UWV) en de relevante vakorganisaties, om zo tot informatie en raadpleging van die laatste te komen. Voor een uitgebreide beschrijving van deze regeling verwijs ik naar de dissertatie van Heinsius.³⁶ In dit onderdeel beperk ik mij tot het effect van de WMCO op het besluit tot reorganisatie.

De WMCO is van toepassing op het voornemen van de werkgever om 20 of meer arbeidsovereenkomsten te beëindigen, binnen een tijdvak van drie maanden gemeten binnen één UWV-district. Sinds de wijziging van de WMCO in 2012 maakt het voor de telling geen verschil welke beëindigingshandeling de werkgever wil verrichten. De meldingsplicht ontstaat als de werkgever voornemens is de arbeidsovereenkomst op te zeggen, of te laten beëindigen via ontbinding door de kantonrechter of door wederzijds goedvinden. Door niet langer onderscheid te maken naar het type beëindigingshandeling is de toepassing van de WMCO aanzienlijk uitgebreid.³⁷ Na de melding moet een wachtperiode van één maand in acht worden genomen, die ertoe dient om met de belanghebbende werknemersverenigingen overleg te voeren om tot een akkoord te komen. In die periode mag de werkgever de arbeidsovereenkomsten niet opzeggen, de kantonrechter ze niet ontbinden en werkgever en werknemer ze niet met wederzijds goedvinden beëindigen.

De raadpleging van de belanghebbende werknemersverenigingen dient volgens artikel 3 lid 2 WMCO ten minste betrekking te hebben op de mogelijkheden om de ontslagen te voorkomen of in aantal te verminderen, alsmede op het verzachten van de gevolgen daarvan. Het overleg met de werknemersverenigingen kan gaan over de aan het voorgenomen ontslag ten grondslag liggende problemen, de modaliteiten van het ontslag en de door de werkgever te nemen maatregelen ter begeleiding van het af te vloeien personeel. Het overleg om tot een akkoord te komen is een inspanningsverplichting en geen resultaatsverplichting.³⁸

Volgens artikel 3 WMCO moet de werkgever de vakorganisaties ter raadpleging melden op het moment waarop hij een voornemen tot collectief ontslag heeft.

35. Deze wet is laatstelijk gewijzigd per 1 maart 2012 (Staatsblad 2011, 597) en implementeert de richtlijn van de Raad van 20 juli 1998 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag (98/59/EG).

36. Heinsius 2004.

37. Even en Filippo 2011, Heinsius 2013, p. 73.

38. Heinsius 2013, p. 83.

Daarin zijn drie fases te onderscheiden: het interne beraad door de werkgever, het voornemen tot collectief ontslag en het definitieve besluit daartoe.³⁹ De melding vindt plaats aan het begin van de tweede fase, ook wel het principebesluit genoemd. Het is onduidelijk wanneer een voornemen overgaat in een principebesluit. Dit zou kunnen samenvallen met een voorgenomen besluit in de zin van artikel 25 WOR, waardoor de melding aan de vakorganisaties en de adviesaanvraag aan de ondernemingsraad synchroon plaatsvinden. Mogelijk is de ondernemingsraad eerder op de hoogte gesteld, tijdens de bespreking van de algemene gang van zaken ingevolge artikel 24 WOR. Heinsius bepleit daarom een op artikel 24 WOR gelijkende verplichting tot informatieverschaffing aan de vakorganisaties, nu het moment van artikel 24 WOR plaatsvindt vóór de melding van artikel 3 WMCO. Het nadeel van het huidige moment van raadpleging is dat vakorganisaties op het moment van artikel 3 WMCO amper gelegenheid hebben de gedachtenvorming en besluitvorming van de werkgever nog te beïnvloeden.

Ik ben geen voorstander van een dergelijke wettelijke ingreep. De praktijk wijst uit dat de vakorganisaties, indien zij samenwerken met de ondernemingsraad, voldoende middelen hebben om het voorgenomen reorganisatiebesluit ter discussie te stellen. Vaak komen werknemersvertegenwoordigers tot een werkverdeling waarbij de ondernemingsraad zich buigt over de motivering van het voorgenomen besluit en de vakorganisaties onderhandelen over de modaliteiten ervan. Dit is een verdeling waarmee de praktijk goed uit de voeten kan. De consequentie is wel dat de rol van de vakorganisaties bij reorganisaties beperkt is tot die van onderhandelaar over de personele consequenties. Het komt minder vaak voor dat zij de strategische overwegingen achter het voorgenomen besluit aanvechten. Hoewel voor die benadering begrip kan worden opgebracht, betekent dit dat de vakorganisaties in die gevallen hebben te aanvaarden dat de discussie over de strategische besluitvorming plaatsvindt in de ondernemingsraad.

2.4 *SER-fusiegedragsregels*

Evenals de WMCO voorzien de SER-fusiegedragsregels (hierna: de Fusiecode) in een melding aan de vakorganisaties. Volgens de gedragsregels moeten werknemersverenigingen in kennis worden gesteld van de voorbereiding of totstandkoming van een fusie voordat hierover een openbare mededeling wordt gedaan (artikel 3 lid 1 Fusiecode). De fusiepartijen dienen, voordat over een fusie overeenstemming is bereikt, de werknemersverenigingen in kennis te stellen van de voorbereiding van de fusie (artikel 4 lid 1). Dit voorschrift is ook van toepassing op een openbaar bod (artikel 5) of een geleidelijke aankoop ter beurze (artikel 6), zij het dat dan aanvullende voorschriften gelden.

39. Heinsius 2004, p. 397.

Het doel van de Fusiecode is de belangen van werknemers bij een voorgenomen fusie te beschermen, door de vakorganisaties de gelegenheid te bieden zich een gefundeerd oordeel te vormen over de merites van de fusie en dit met de fusiepartijen te bespreken. Om die reden voorziet de Fusiecode in het recht op informatie van de fusiepartijen, het recht op het voeren van een bespreking en het recht om aanvullende informatie te vragen. Daarna hebben de vakorganisaties de mogelijkheid om binnen een redelijke termijn een oordeel te geven, op een zodanig tijdstip dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het al dan niet tot stand komen van de fusie en op de modaliteiten daarvan. Dit criterium is in overeenstemming met de terminologie van de WOR. De relevante ondernemingsraden moeten door de partijen in de gelegenheid worden gesteld kennis te nemen van het oordeel van de vakorganisaties, zodat zij daarmee rekening kunnen houden bij het uitbrengen van hun advies.

De Fusiecode moet worden nageleefd jegens vakorganisaties die verbonden zijn aan een in Nederland gevestigde onderneming die bij de fusie betrokken is. Onder ‘fusie’ wordt verstaan de verkrijging of overdracht van een zeggenschap, direct of indirect, over een onderneming of een onderdeel daarvan, alsmede de vorming van een samenstel van ondernemingen. Onder het begrip fusie valt zowel de overdracht van (meer dan 50% van) de aandelen, de overdracht van activa, een juridische fusie als het verkrijgen van zeggenschap via statutaire bevoegdheden of contractuele regelingen (artikel 1 lid 1 sub d Fusiecode). De meldingsplicht ontstaat als is voldaan aan het getalscriterium van artikel 2 lid 1 van de Fusiecode, namelijk indien bij een fusie (1) ten minste één in Nederland gevestigde onderneming betrokken is waarin in de regel 50 of meer werknemers werkzaam zijn of (2) een betrokken onderneming deel uitmaakt van een samenstel van ondernemingen en in daartoe behorende in Nederland gevestigde ondernemingen tezamen in de regel 50 of meer werknemers werkzaam zijn. De gedragsregels gelden niet indien (1) sprake is van intraconcerntransactie, (2) de fusie berust op het personen-, familie-, faillissements- of erfrecht, (3) in de overgedragen onderneming minder dan 10 werknemers werkzaam zijn of (4) de fusie niet tot de Nederlandse rechtssfeer behoort.⁴⁰

Over de kennisgeving van de fusie dienen de vakorganisaties geheimhouding te betrachten, tenzij het tegendeel schriftelijk aan hen is meegedeeld. Voor de aanvullende informatie die wordt verstrekt geldt een geheimhoudingsplicht indien aan de vakorganisaties voor het verstrekken van die gegevens schriftelijk geheimhouding is verzocht. Bij een openbaar bod geldt dat de vakorganisaties

40. Zie Witteveen 2000 voor een uitgebreide bespreking van de Fusiecode.

HOOFDSTUK 6

pas in kennis worden gesteld zodra een bod openbaar is gemaakt (artikel 27 lid 1 Besluit openbare biedingen Wet financieel toezicht).⁴¹

De gedragsregels worden gehandhaafd door de Geschillencommissie Fusiegedragsregels, waar klachten over naleving van de Fusiecode aan de orde kunnen worden gesteld. Indien de geschillencommissie een bezwaar gegrond bevindt, beslist zij dat de relevante partij de gedragsregels niet naar behoren heeft nageleefd. De zwaarste sanctie voor het niet (behoorlijk) naleven van de gedragsregels is openbaarmaking hiervan.

Dergelijke klachten komen in de praktijk niet vaak voor. Uit een overzicht van Schijf van uitspraken van de geschillencommissie tot en met 2008 blijkt dat er vanaf de inwerkingtreding van de Fusiecode in september 2001 tot medio 2008 circa 4000 meldingen van fusies werden gedaan. De geschillencommissie heeft in die periode slechts dertien keer uitspraak gedaan, waarbij in negen gevallen een klacht gegrond werd verklaard.⁴² Ook nadien is er slechts een gering aantal uitspraken gepubliceerd.⁴³ In die uitspraken komen vrijwel steeds dezelfde thema's naar voren, te weten geschillen over (1) het begrip openbare mededeling, (2) de wezenlijke invloed en (3) de geheimhoudingsplicht.

Ook uit de uitspraken na 2008 blijkt dat de geschillencommissie grote terughoudendheid betracht bij de vorming van het oordeel dat de niet-behoorlijke naleving een ernstig karakter draagt: in de meeste gevallen oordeelde zij dat het bevorderen van actieve openbaarmaking van de beslissing niet in de rede lag.⁴⁴ Schijf meent dat het zeer geringe aantal klachten te maken heeft met de beperkte sancties die de geschillencommissie kan opleggen.⁴⁵

41. Zie Witteveen 2008b en Kemperink 2013, p. 277, over de verhouding tussen de Fusiecode en het openbaar bod.

42. Schijf 2008.

43. Overzicht Beslissingen van de Geschillencommissie Fusiegedragsregels, www.ser.nl.

44. Zie Geschillencommissie Fusiegedragsregels 12 maart 2008, ROR 2009/7 (Brabant Alucast), Geschillencommissie Fusiegedragsregels 26 september 2008, ROR 2009/8 (The Phone House), Geschillencommissie Fusiegedragsregels 22 oktober 2009, JAR 2010/1 (Vivensis), Geschillencommissie Fusiegedragsregels 20 december 2012, JAR 2013/74 (Cargill), en Geschillencommissie Fusiegedragsregels 14 februari 2013, PBO-blad nr. 4 van 18 januari 2013 (Markeur).

45. Schijf 2008.

3 Belangengeschillen

3.1 *Collectieve actie tegen strategisch beleid*

In de inleiding bij dit hoofdstuk refereerde ik aan de discussie in de literatuur over het onderscheid tussen rechts- en belangengeschillen bij strategisch beleid. Soms staan er tegen beleid of besluiten ook andere (medezeggenschapsrechtelijke) middelen open. Betekent dit dat collectieve actie in die gevallen niet geoorloofd is? Op deze vraag heeft de Hoge Raad in het standaardarrest Douwe Egberts een genuanceerd antwoord gegeven.⁴⁶

Dit arrest kwam tot stand nadat Douwe Egberts op 15 september 1997 een mededeling van de concernleiding (Sara Lee Corporation) deed, waarin een belangrijke herstructurering van de groep werd aangekondigd. Deze hield onder meer in dat de onderneming zich sterker zou gaan richten op haar kernactiviteit: de sterke merken voor consumenten. Andere activiteiten zouden worden uitbesteed, waarbij de plannen zich in eerste instantie richtten op de Amerikaanse activiteiten. In een latere fase zou deze vorm van uitbesteding mogelijk ook worden toegepast binnen andere divisies, waaronder in Nederland. Deze mededeling leidde tot onrust en tot een wilde staking bij het personeel. De bonden namen de staking over en stelden de eis dat de werknemers in voorkomend geval in dienst van de werkgever zouden blijven en zouden worden gedetacheerd bij een derde. Douwe Egberts wilde niet aan die eis voldoen en vorderde in kort geding een verbod op het organiseren of ondersteunen van de staking, welke vordering in twee instanties werd toegewezen.

Het hof vond het in hoger beroep essentieel dat, indien Douwe Egberts tot uitbesteding van de activiteiten mocht besluiten, het in zijn besluitvorming de eis van de bonden om het dienstverband met de betrokken werknemers te behouden alsnog kon betrekken; de gesprekken die tot dan toe met de bonden waren gevoerd moesten als verkennend worden gekwalificeerd. Mocht het later tot besluitvorming komen, dan had de ondernemingsraad nog een adviesrecht volgens artikel 25 WOR en de vakorganisaties – volgens de collectieve arbeidsovereenkomst en de SER-fusiegedragsregels – nog recht op informatie en overleg.

In dit geschil stonden zo twee belangrijke vragen centraal: (1) is het stakingswapen een uiterste redmiddel en (2) mag ernaar worden gegrepen wanneer nog geen sprake is van een genomen besluit, maar door de werkgever mededelingen worden gedaan over in gang gezette studies? De Hoge Raad nam tot uitgangspunt dat de staking werd gedekt door artikel 6 lid 4 ESH. Dit uitgangspunt bracht mee dat de staking, ondanks haar schadelijke gevolgen, in beginsel

46. HR 28 januari 2000, JAR 2000/63.

moest worden geduld als een rechtmatige uitoefening van het grondrecht. De Hoge Raad herhaalde zijn vaste jurisprudentie dat onrechtmatigheid kan ontstaan wanneer zwaarwegende procedureregels zijn veronachtzaamd, of afweging van alle omstandigheden meebrengt dat de bonden in redelijkheid niet tot de actie hadden kunnen komen. Tot die procedureregels behoort ook de regel dat voor rechtmatigheid van de staking in een concreet geval vereist is dat het recht op collectief handelen niet daadwerkelijk op andere wijze tot gelding kan worden gebracht. Staking is slechts rechtmatig als zij als uiterste middel is toegepast. Van belang is de vraag of in een conflictsituatie nog een ander middel dan staking kan worden gebruikt, hetgeen afhangt van verschil in waardering van de omstandigheden en van taxaties over de met dat middel te bereiken resultaten. Dat betekent dat ook een staking die in beginsel door het ESH is gedekt, slechts als het uiterste middel mag worden gehanteerd en dat de rechter zich daarover terughoudend moet opstellen.

De Hoge Raad vond het oordeel van het hof dat de staking bij Douwe Egberts niet als uiterste middel was gehanteerd, niet onbegrijpelijk. Hij overwoog dat het ging om verkennend overleg over een onderwerp waarop Douwe Egberts zich nog oriënteerde. Het bedrijf zag in de reacties van de werknemers aanleiding een nadere studie aan te kondigen, gedurende welke de bestaande situatie zou worden gehandhaafd, om daarna het overleg voort te zetten. Nu Douwe Egberts nog geen definitief standpunt had ingenomen over de mogelijke aangekondigde maatregelen, moest de staking als prematuur worden aangemerkt.

Uit het arrest Douwe Egberts blijkt dat niet als uitgangspunt kan worden genomen dat collectieve actie tegen strategisch beleid per definitie onrechtmatig is, omdat dat soort kwesties als rechtsgeschillen moeten worden aangemerkt. Aan de andere kant dienen ook door het ESH gedekte collectieve acties tegen strategisch beleid als uiterste middel te worden toegepast. Via dat laatste criterium komt de mogelijkheid van verder overleg met de werknemersvertegenwoordigers dus terug in de oordeelsvorming van de rechter.

Hier ontstaat een grijs gebied, waarbinnen collectieve acties tegen strategisch beleid mogelijk anders worden beoordeeld dan ‘klassieke’ collectieve acties tegen, bijvoorbeeld, het niet tot stand komen van een collectieve arbeidsovereenkomst of andersoortige geschillen over arbeidsvoorwaarden. De gerechtvaardigdheid van een collectieve actie tegen strategisch beleid zal dan vaak afhangen van het gekozen moment: in de fase tussen beleidsvoornemens en voorgenomen besluiten zal het voor de vakorganisaties vaak moeilijk zijn gerechtvaardigd tot collectieve actie over te gaan. Bij die afweging staat de

kwaliteit van het overleg steeds centraal.⁴⁷ Wanneer een voorgenomen besluit is geformuleerd of na een (negatief) advies van de ondernemingsraad is genomen, ligt de drempel lager: er bestaat dan in voldoende mate duidelijkheid over de status van het voornemen van de vennootschap en de mate van overleg dat nog mogelijk is om de gevolgen daarvan te mitigeren.

De moeilijkheid om de grenzen te bepalen ontstaat mede door de hoge vlucht die het enquêterecht sinds het verschijnen van het Douwe Egberts-arrest heeft genomen. Zoals blijkt uit de beschrijving van de enquêtegeschillen in dit hoofdstuk, kunnen door gebruikmaking van de enquêtebevoegdheid beleidsvragen tot rechtsgeschillen worden gemaakt. De tendens tot verruiming van de mogelijkheden om gebruik te maken van het enquêterecht kan zo inwerken op de beoordeling over de rechtmatigheid van collectieve actie tegen beleid dat tevens een vermoeden van wanbeleid oplevert.⁴⁸ Ik schat dat die vraag in de toekomst tot nieuwe jurisprudentie zal leiden.

3.2 *Organizing en corporate campaigns*

In het voorgaande heb ik de aandacht vooral gericht op stakingen, maar dit is zeker niet de enige vorm van collectieve actie. In de praktijk komen varianten voor als ludieke acties, stiptheids- of langzaamaanacties, tot en met de zwaarste vorm: de bedrijfsbezetting. Het afnemende draagvlak van de vakorganisaties in de Nederlandse samenleving heeft hen ertoe gebracht deze en andere vormen van collectieve actie te heroverwegen en na te denken over nieuwe strategieën. Daartoe hebben zij contact gezocht met wereldwijde vakorganisaties als UNI Global Union,⁴⁹ the International Union of Food workers (IUF)⁵⁰ en de European Trade Union Confederation (ETUC).⁵¹ De belangrijkste nieuwe strategieën uit deze samenwerking worden *organizing* en *corporate campaigns* genoemd.⁵²

‘Organizing’ is een verzamelterm voor verschillende vormen van voorbereiding, overleg en collectieve actie, die hoofdzakelijk bestaat uit het mobiliseren

47. Die kwaliteit komt mede tot uitdrukking in de zorg waarmee de uitgewisselde stukken worden opgesteld. Zo concludeerde advocaat-generaal Spier bij het Douwe Egberts-arrest: “De verschillende brieven en documenten van DE zijn met zorg geformuleerd; daaruit spreekt (...) oprechte bereidheid om te luisteren naar en rekening te houden met de wensen van de bonden en de werknemers.” Vergelijk OK 3 april 2013, ARO 2013/82, waarin de Ondernemingskamer een reorganisatiebesluit kennelijk onredelijk achtte, mede vanwege de – door haar als “onzakelijk en denigrerend” betitelde – formuleringen van de ondernemer in de correspondentie met de ondernemingsraad.

48. Dit heb ik eerder betoogd in Holtzer 2001.

49. www.uniglobalunion.org.

50. www.iuf.org.

51. www.etuc.org.

52. Kloosterboer 2007, p. 43.

HOOFDSTUK 6

van werknemers op de werkvloer. In de onderneming worden activisten of leiders aangesteld, die tot doel hebben een netwerk van medewerkers op te bouwen en gedetailleerde informatie te verzamelen. Deze informatie omvat onder meer wie binnen de onderneming werkzaam is, welk werk medewerkers verrichten, waar zij elkaar ontmoeten, hoe zij hun werk ervaren en wie de potentiële activisten binnen de groep zijn.⁵³ Met de zo verkregen informatie kunnen collectieve acties over bepaalde thema's worden gevoerd.

In 2010 leidde dit tot een grote collectieve actie in de schoonmaakbranche. Vastgelopen onderhandelingen over de nieuwe collectieve arbeidsovereenkomst in het schoonmaak- en glazenwassersbedrijf leidde in het voorjaar van dat jaar tot een wekenlange staking. Deze begon bij schoonmakers die voor de Nederlandse Spoorwegen werkten en breidde zich later uit naar schoonmaakpersoneel op Schiphol en bij het UWV. De Voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht oordeelde dat deze staking niet onrechtmatig was, nu het in beginsel aan de vakbonden voorbehouden is om zich een oordeel te vormen over de vraag of een collectieve actie als uiterste redmiddel is gebruikt. In dit geval had de vakbond te kennen gegeven dat zij het personeel zou oproepen om noodzakelijke veiligheidscontroles uit te voeren, zodat de veiligheid niet in het geding was.⁵⁴ De acties in de schoonmaakbranche gingen gepaard met veel publiciteit en de oprichting van een zogenaamd 'schoonmaakparlement' door FNV Bondgenoten. Uit 3000 schoonmakers werden 75 vertegenwoordigers gekozen, die tot taak hadden overleg te voeren met de FNV-bestuurders over de onderhandelingen.⁵⁵

Deze acties leidden voorts tot een strafrechtelijke procedure jegens de heer Hoogenboom, die voor FNV Bondgenoten als organizer bij de stakingsactie op Schiphol betrokken was. Een onderdeel van die actie was het langsgaan bij verschillende ondernemingen waarvan werknemers aan de staking deelnamen, met als doel het standpunt van de stakers jegens het bestuur kenbaar te maken. Om die reden werd een bezoek gebracht aan het hoofdkantoor van Asito, waar de organizer met een groep van ongeveer 200 personen binnentrad en zich verstond met de leidinggevende ter plaatse, hetgeen leidde tot animositeit tussen het daar aanwezige personeel en de stakers. Het hof oordeelde dat weliswaar inbreuk was gemaakt op het in artikel 138 Wetboek van Strafrecht beschermde recht van Asito (lokaalvredebreuk), maar dat die inbreuk beperkt was geweest en gerechtvaardigd werd door artikel 6 lid 4 van het ESH.

53. Kloosterboer 2007, p. 44.

54. Voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht, 30 maart 2009, JAR 2009/124. De schoonmaakbranche is met regelmaat onderhevig geweest aan collectieve actie, zie bijvoorbeeld ook Voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht 11 april 2003, JAR 2003/102.

55. "Schoonmaakparlement geeft nooit toe", NRC Handelsblad, 25 oktober 2011. Zie over aspecten van organizing in de schoonmaakbranche uitgebreid Heuts 2011.

Daarnaast was aan de verdachte niet uitdrukkelijk te kennen gegeven dat hij niet binnen mocht komen en bleef hij deel uitmaken van de groep van ongeveer 200 personen die de stakers vormden. De Hoge Raad verwierp het beroep tegen dit oordeel van het hof.⁵⁶

In een interne evaluatie uit maart 2013 concludeerde FNV Bondgenoten dat de belangrijkste doelstelling van organizing niet was gehaald: de kosten van de campagnes waren hoog en in de periode vanaf 2010 waren 7000 leden gewonnen, tegenover een uitstroom van 6000 leden.⁵⁷

Het onderscheid tussen organizing en corporate campaigns is niet eenvoudig. De laatste term lijkt vooral te worden gebruikt voor internationale campagnes tegen een specifiek concern. Manheim beschrijft een corporate campaign als: “(...) a multifaceted and often long-running attack on the business relationships on which a corporation (or an industry) depends for its well-being and success. It is a highly sophisticated form of warfare, in which a target company is subjected to diverse attacks – legislative, regulatory, legal, economic, physiological – the function of which is to so thoroughly undermine confidence in the company that it is no longer able to do business as usual.”⁵⁸ Kloosterboer geeft een vergelijkbare omschrijving: “Besides conductive research, a position of power must be built. (...) In order to be able to create pressure, a ‘power web’ analysis must be made of the target and its relations with the outer world. Such an analysis can help to identify multiple points of leverage that maybe used to get the target to move.” Volgens hem dient deze analyse onder meer betrekking te hebben op de relatie tussen de vennootschap en haar aandeelhouders, financiers, werknemers, cliënten en de media.⁵⁹ Dat laatste gebeurt volgens Manheim vooral doordat corporate campaigns zich op de institutionele aandeelhouders van de vennootschap richten, teneinde de druk op het bestuur en de raad van commissarissen te vergroten.⁶⁰

Corporate campaigns zoals hier beschreven lijken zich in Nederland niet vaak te hebben voorgedaan. In 2011 en 2012 meldden de Amerikaanse vakorganisatie UFWC, the Teamsters en later ook FNV Bondgenoten zich op de algemene vergadering van Ahold. De inzet van die inmenging was het aan de orde stellen

56. Hoge Raad 23 april 2013, JAR 2013/161 m.nt. J.J.M. de Laat.

57. FNV Bondgenoten, Eindrapport organizing in beweging (niet gepubliceerd; samengevat in NRC Handelsblad, 19 maart 2013). Zie voor de kosten van organizing het meerjarenplan FNV Bondgenoten; Krachtige mensen, samen sterker: editie 2013, www.fnvbondgenoten.nl.

58. Manheim 2005, p. 7.

59. Kloosterboer 2007, p. 46.

60. Manheim 2005, p. 31.

HOOFDSTUK 6

van afspraken over loonsverhogingen voor werknemers in de distributiecentra voor versproducten in de Verenigde Staten.⁶¹

Als voorbeeld kan wellicht ook worden genoemd de druk die de vakorganisaties hebben uitgeoefend op het bezoldigingsbeleid van DSM in 2009, terwijl aandeelhouders positief waren over het voorstel. DSM stelde voor om de prestatiecriteria voor de toekenning van aandelen te wijzigen, zodanig dat bij prestatie onder een bepaald niveau de voorwaardelijk toegekende aandelen zouden vervallen. Om de verwachte waarde van de langetermijnbonus gelijk te houden, werd voorgesteld bij prestaties boven niveau meer aandelen aan bestuurders toe te kennen. Dat laatste stuitte op weerstand van de vakorganisaties, die te kennen gaven de salariseisen in onderhandelingen over de nieuwe collectieve arbeidsovereenkomst te zullen verhogen als het voorstel zou worden gehandhaafd. Onder die druk heeft DSM het voorstel ingetrokken. Volgens Abma blijkt hieruit dat werknemers in de praktijk hun invloed op bezoldigingsvoorstellen kunnen doen gelden.⁶² Dit geval heeft voor mij uiteindelijk een te incidenteel karakter om als een goed voorbeeld van een corporate campaign te gelden.

3.3 *Aansprakelijkheid van vakorganisaties voor collectieve actie*

In dit hoofdstuk beschreef ik dat het recht op collectieve actie van de vakorganisaties niet onbeperkt is; onder omstandigheden kan dit leiden tot de verplichting tot vergoeding van door hen veroorzaakte schade. Dat laatste doet zich vooral voor wanneer de vakorganisaties overgaan tot het uitroepen of steunen van een bedrijfsbezetting.

In het standaardarrest FNV/Kip-Sloetjes⁶³ heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat bescherming van artikel 6 lid 4 ESH betrekking heeft op de algehele, zich tegen de werkgever richtende werkstaking als het normale type van collectieve actie van werknemers. In deze zaak waren de vakorganisaties overgegaan tot een bedrijfsbezetting van het hoofdkantoor van Elka, een groothandel voor supermarkten, waarvan Kip en Sloetjes enige aandeelhouders en bestuurders waren. De bezetting werd georganiseerd nadat de werknemers het vertrouwen in hen hadden verloren. Het doel dat de bonden met de bedrijfsbezetting wilden bereiken was de verbreking van alle banden tussen Kip, Sloetjes en de onderneming van Elka. Zij hadden het oogmerk een zodanige beleidswijziging bij Elka te bewerkstelligen dat, in het belang van de werkgelegenheid, de continuïteit van de onderneming zou worden veiliggesteld.

61. 'De vakbonden roeren zich bij Ahold', het Financieel Dagblad, 21 april 2011, en 'Help de superactivist meldt zich op de jaarvergadering', het Financieel Dagblad, 21 april 2012.

62. Abma 2009. Zie over werknemers en beloningsverhoudingen aan de top verder Van Slooten 2005 en Holtzer 2012.

63. HR 19 april 1991, NJ 1991, 690, m.nt. Stein.

Mede gezien het rigoureuze karakter ervan oordeelde de Hoge Raad dat de actie van bonden zo ver aflag van het normale type van collectieve actie, dat deze niet als geoorloofd in de zin van artikel 6 lid 4 ESH kon worden beschouwd. Dit bracht met zich mee dat de beoordeling van de rechtmatigheid van de actie van de vakorganisaties diende te geschieden volgens het nationale burgerlijk recht. Gezien het door de bonden nagestreefde doel – het defungeren van Kip en Sloetjes wegens wanbeleid – stond voor de bonden de weg open van het uitoefenen van het recht van enquête, wat kon leiden tot schorsing of ontslag van bestuurders en tot tijdelijke aanstelling van één of meer bestuurders, dus tot een maatregel die een einde kon maken aan het conflict. De actie van de bonden moest daarom als onrechtmatig worden gekwalificeerd en de daardoor veroorzaakte schade door de bonden worden vergoed.⁶⁴

De vraag naar gehoudenheid tot vergoeding van schade na collectieve actie kwam ook aan de orde in het arrest van de Hoge Raad over de bedrijfsbezetting bij Klieverik.⁶⁵ Als gevolg van een bedrijfsbezetting raakte deze machinefabriek in Oldenzaal in staat van faillissement. De bezetting richtte zich tegen het door Klieverik in 1992 opgestelde strategisch plan, waarin een ingrijpende reorganisatie was voorgesteld. Het hof ging ervan uit dat de bedrijfsbezetting gericht was op het veiligstellen van de toekomst van de onderneming en op het doen opstellen van een sociaal plan. Daarom was de actie in beginsel te beschouwen als een collectieve actie in de zin van artikel 6 lid 4 van het ESH. De bezetting was niettemin onrechtmatig, omdat op dat moment nog geen sprake was van een vastgelopen overleg, waardoor de vakorganisatie Klieverik – die met hetzelfde oogmerk om de onderneming te continueren aan een reorganisatieplan werkte – volledig buitenspel had gezet.

In cassatie ging het geschil alleen nog om de vraag of de vakbond gehouden was tot vergoeding van de schade aan de enig aandeelhouder van de vennootschap (Ventaz), doordat haar aandelen als gevolg van de bedrijfsbezetting en het daarop gevolgde faillissement niets meer waard waren. De Hoge Raad hield vast aan het uitgangspunt dat in beginsel alleen de vennootschap het recht heeft om schade te vorderen indien door een derde schade wordt toegebracht. Het hof had vastgesteld dat Ventaz niet aannemelijk wist te maken dat de bedrijfsbezetting bedoeld was om haar als aandeelhouder van Klieverik te schaden. Met name was onvoldoende aangetoond dat de vakbond het personeel had aangezet tot het aanvragen van een faillissement en de pogingen van Ventaz om eigen vermogen aan te trekken of tot samenwerking met derden te komen had geblokkeerd. Daardoor kon niet worden geoordeeld dat de bond ook jegens Ventaz onrechtmatig had gehandeld.

64. Zie Kroeze 2004, p. 79 voor een uitgebreide bespreking van dit arrest.

65. HR 12 december 1997, NJ 1998, 348.

HOOFDSTUK 6

In een vervolprocedure werd FNV Bondgenoten overigens wel veroordeeld tot vergoeding van de schade van onrechtmatige bedrijfsbezetting jegens de (herleefde) vennootschap.⁶⁶ De rechtbank volgde de waardebeoordeling van de vennootschap uit een deskundigenrapport en veroordeelde FNV tot betaling van 2,8 miljoen euro voor de opkomende schulden en 2,6 miljoen euro voor de verloren gegane waarde van de vennootschap, alsmede over die bedragen verschuldigde vennootschapsbelasting en een bedrag van 127.000 euro voor de kosten die verband hielden met de ‘herleving’ van de vennootschap en de schadeclaim.

Ik concludeer uit deze jurisprudentie dat de bedrijfsbezetting in haar algemeenheid wordt beschouwd als een middel dat zo ver afstaat van het normale type van collectieve actie, dat vakorganisaties een ernstig risico lopen dat deze actie als onrechtmatig wordt gekwalificeerd en de daaruit voortvloeiende schade aan de vennootschap – en onder omstandigheden ook haar aandeelhouders – moet worden vergoed.⁶⁷ Bij stakingen en andere normale vormen van collectieve actie ligt de drempel voor een veroordeling tot schadevergoeding veel hoger. Dit is inherent aan de regeling van artikel 6 lid 4 ESH, die ervan uitgaat dat het toebrengen van schade nu juist een van de essentiële en geoorloofde onderdelen van het stakingswapen is.⁶⁸

4 Conclusie

De vakorganisaties worden geconfronteerd met afnemende representativiteit en een discussie over hun legitimiteit. Dat zou hen kunnen brengen tot een herbezinning op hun maatschappelijke positie en, vooral, op hun rol bij het strategisch beleid van de vennootschap. Een van de methoden om invloed daarop te bewerkstelligen is de enquêtebevoegdheid die aan hen bij wet is toegekend. Van dit middel maken de vakorganisaties maar weinig gebruik.

Een mogelijke reden daarvoor is de vrees dat de vennootschap probeert de kosten van de procedure op hen te verhalen. Voor die vrees lijkt geen goede grondslag te bestaan: er is geen jurisprudentie voorhanden waaruit blijkt dat de vakorganisaties in de kosten van het onderzoek zijn veroordeeld. Integendeel,

66. Rechtbank Amsterdam, 25 juli 2007, RAR 2007, 148.

67. Zie ook Rechtbank Utrecht, 28 april 1992, JAR 1992/49 (Anthonie Priem), en Rechtbank Amsterdam (Voorzieningenrechter) 7 februari 2013, RAR 2013/90, waarin in kort geding door de vakorganisaties georganiseerde bedrijfsbezettingen onrechtmatig werden geoordeeld.

68. Zie bijvoorbeeld President Rechtbank Amsterdam, 13 april 2001, JAR 2001/106 (Jaarbeurs Utrecht), Gerechtshof Amsterdam, 9 januari 2003, JAR 2003/34 (Actie Gratis Openbaar Vervoer), en Rechtbank Arnhem 5 november 2004, JAR 2004/252, waarin vorderingen gerelateerd aan vergoeding van schade wegens staking zijn afgewezen.

ook in de uitspraken waarin na een enquêteverzoek van de vakorganisaties geen (vermoeden van) wanbeleid werd geconstateerd, leek de Ondernemingskamer begrip te hebben voor de indiening ervan; in de zaak EBS heeft zij dat met zoveel woorden bevestigd.

Een tweede mogelijke reden voor de terughoudendheid van de vakorganisaties in het gebruik van hun enquêtebevoegdheid ligt mogelijk in de gedachte dat dergelijke procedures voor hen niet succesvol uitpakken. Die veronderstelling is in zijn algemeenheid onjuist.

Het is waar dat vakorganisaties minder succesvol zijn geweest in enquêteprocedures die zich in wezen richtten op strategische *besluiten* van de vennootschap. In zaken als IJsselwerf, EBS en Friesland Vlees ging het in feite om een klacht tegen het besluiten tot reorganisatie of het uitvoeren van insolventieprocedures. In de kwestie Friesland Vlees kwam daar bovendien bij dat de vennootschap tijdig overleg had gezocht met de vakorganisaties over totstandkoming van een sociaal plan en daarover overeenstemming had bereikt. Het relatief geringe succes in die procedures kan mede worden verklaard doordat tegen strategische besluiten vaak andere middelen openstaan. Bij reorganisaties kunnen vakorganisaties samenwerken met de ondernemingsraad en biedt de Wet melding collectief ontslag hun de mogelijkheid tot het voeren van overleg over het voorgenomen besluit. Die wet voorziet overigens niet in een verplichte taakverdeling waarin de ondernemingsraad zich buigt over de motivering van het strategisch besluit en de vakorganisaties over de modaliteiten daarvan, maar die verdeling komt in de praktijk wel vaak tot stand. De vakorganisaties die een dergelijke verdeling maken, hebben te aanvaarden dat zij op het strategisch besluit zelf weinig tot geen invloed kunnen uitoefenen. Bij fusies wordt een mogelijkheid tot overleg geboden door de regels uit de Fusiecode, zij het dat het daar gaat om zelfregulering en de code niet van ingrijpende sancties is voorzien.

De vakorganisaties zijn wel succesvol geweest toen zij enquêteprocedures voerden tegen het strategisch *beleid*, voor zover dat verder strekte dan een poging tot behoud van werkgelegenheid. De zaken PCM en Meavita vormen hiervan duidelijke voorbeelden. De vakorganisaties hebben hier jurisprudentie gemaakt die heeft geleid tot algemene regels over het handelen van de private-equitypartijen of complexe zorgconcerns en die zo andere ondernemingen tot voorbeeld kan strekken. Een dergelijk effect hadden de vakorganisaties ook kunnen bereiken in de zaak Esteves, zij het dat zij daar zelf van hebben afgezien. Ook in kleinere enquêtes als Eleveld of De Jong's Timmerfabriek zijn de vakorganisaties succesvol geweest, misschien wel juist omdat zij het beleid in bredere zin ter toetsing aan de rechter hebben voorgelegd, zonder uitsluitend te kijken naar het belang van de werknemers die zij vertegenwoordigden, dat

HOOFDSTUK 6

overigens wel in belangrijke mate zal hebben meegewogen in het oordeel van de Ondernemingskamer om voorzieningen te treffen.

Eveneens succesvol waren de vakorganisaties bij de formele aspecten van het enquêterecht in concernverhoudingen. Uit de jurisprudentie van de Ondernemingskamer blijkt dat zij ruimhartig omgaat met de enquêtebevoegdheid van vakorganisaties in concernverband, zodanig dat het voor hen relatief eenvoudig lijkt om binnen concernstructuren – ook waar het (gefaillleerde) stichtingen betreft – door te dringen.

Een goed gebruik van de enquêtebevoegdheid van de vakorganisaties kan leiden tot een vergroting van hun maatschappelijk draagvlak, doordat zij actief debatteren over de vraag of onder omstandigheden sprake is van wanbeleid van de vennootschap. Wanneer zij daarbij een benadering kiezen die niet uitsluitend op een strategisch besluit gericht is, maar het bredere beleid ter discussie proberen te stellen, kan hun interventie waardevol zijn voor de continuïteit van de onderneming of jurisprudentie opleveren die het handelen van andere rechtspersonen normeert. Zij zouden een voorbeeld kunnen nemen aan de Vereniging van Effectenbezitters, die door het uitlokken van nieuwe jurisprudentie heeft bijgedragen aan de rechtsontwikkeling, en daardoor sterk aan gezag en ledenbestand heeft gewonnen.

Het gebruik van de enquêtebevoegdheid zou onder omstandigheden een vervanging van collectieve actie kunnen vormen. De strategieën van organizing en corporate campaigns lijken in Nederland weinig tot ontwikkeling te zijn gekomen of draagvlak te hebben verkregen. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad over het stakingsrecht blijkt dat gebruik van rechtsmiddelen door de vakorganisaties van invloed kan zijn op de vraag of collectieve actie geoorloofd is. De enquêtebevoegdheid zal in veel gevallen waar kritiek op het strategisch beleid bestaat, een betere uitkomst kunnen bieden dan een collectieve actie. Een collectieve actie lijkt vooral effectief te zijn tegen strategische besluiten in situaties waarin de kwaliteit van het overleg tussen de vennootschap en de werknemersvertegenwoordigers in sterke mate tekortschiet; in andere gevallen zullen vakorganisaties vaak gebruik moeten maken van de rechtsmiddelen die zij hebben.

Bij dit alles zouden de vakorganisaties, veel meer dan tot nu toe het geval is, de samenwerking kunnen zoeken met de andere in dit onderzoek behandelde werknemersvertegenwoordigers, te weten de ondernemingsraad en de Europese ondernemingsraad. Door zich te richten op de strategie van de vennootschap kunnen de vakorganisaties, met de kennis en de bevoegdheden die zij bezitten, een aanvulling vormen op de beïnvloeding die de ondernemingsraden tot stand proberen te brengen.

Hoofdstuk 7. Naar het coalitiemodel

1 Terug naar de probleemstelling

De probleemstelling van dit onderzoek was te inventariseren welke invloed werknemers kunnen uitoefenen op het strategisch beleid van de Nederlandse vennootschap, het Nederlandse internationale concern en het buitenlandse internationale concern, en hoe de stand van zaken kan worden verbeterd volgens de maatschappelijke opvattingen op dit punt.

De invloed van werknemers op de strategie van de vennootschap is aan bedreigingen onderhevig, zo beschreef ik in hoofdstuk 1. Een van de bedreigingen is de toenemende vluchtigheid van de relatie tussen de vennootschap en de werknemers in haar onderneming. De toegenomen flexibilisering van de arbeidsmarkt, de opkomst van de zelfstandige zonder personeel en – meer in het algemeen – de afgenomen betrokkenheid van werknemers bij hun werk hebben ertoe geleid dat het moeilijker is geworden om medezeggenschap in goede banen te leiden. Een gevolg daarvan lijkt te zijn dat sprake is van een afgenomen strijdbaarheid van werknemers in onze samenleving. Een belangrijke bedreiging is daarnaast de internationalisering van het bedrijfsleven en de medezeggenschapsrechtelijke driedeling die in Nederland is ontstaan en die later in dit hoofdstuk nogmaals aan de orde zal komen.

In de totstandkoming van het strategisch beleid, zo beschreef ik in hoofdstuk 2, kunnen vier fasen worden onderscheiden. De eerste fase is die van de preliminaire analyse, waarin wordt onderzocht hoe de vennootschap functioneert, waar problemen of tekortkomingen in de resultaten ontstaan en hoe die resultaten gerelateerd zijn aan de strategie. De tweede fase is de totstandkoming van een strategisch ontwerp, een paraplustructuur voor de besluitvorming. Fase drie betreft het operationeel ontwerp, de uitwerking van het strategisch ontwerp in een plan dat geschikt is voor implementatie. Fase vier houdt vervolgens de implementatie van de besluitvorming zelf in.

De betrokkenheid van werknemers ontstaat vaak pas aan het einde van fase twee of zelfs pas in fase drie, namelijk op het punt dat een strategisch ontwerp tot stand is gekomen na afweging van alternatieven. De gedachte zou kunnen zijn dat medezeggenschap van werknemers juist in de eerste fase van het

HOOFDSTUK 7

besluitvormingsproces van belang is, aangezien in die fase al belangrijke keuzes worden gemaakt over de te kiezen strategische richting. Ik meen dat wanneer het werknemers niet lukt het strategisch besluitvormingsproces rondom de vennootschap in een eerdere fase binnen te dringen, hun positie op termijn kan worden gemarginaliseerd. Hiermee doel ik niet alleen op de uiterste consequentie, het wegvallen van medezeggenschap uit de verhoudingen rondom de vennootschap, maar ook op minder verregaande bewegingen, zoals een ontwikkeling die leidt tot een positie waarin werknemers zich nog vrijwel uitsluitend bezighouden met toetsing van strategische besluiten als die reeds zijn genomen, of met de vorming van arbeidsvoorwaarden.

Bij de strategievorming maak ik onderscheid tussen strategisch *beleid* en strategische *besluiten*. Strategische besluiten zijn opzichzelfstaande, vaak wettelijk omschreven handelingen, terwijl het beleid een geheel van meer besluiten over een langere periode omvat. De maatschappelijke opvattingen over medezeggenschap van werknemers bij de vorming van het strategisch beleid of de totstandkoming van strategische besluiten heb ik in hoofdstuk 2 en hoofdstuk 3 van dit onderzoek beschreven. Deze kunnen in twee hoofdlijnen worden samengevat.

De eerste hoofdlijn bestaat uit de nadruk die in Nederland wordt gelegd op het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming, zo beschreef ik in hoofdstuk 2. Over het belang van de vennootschap bestaan verschillende opvattingen, waarbij de belangrijkste tegenstelling kan worden gevonden in de stakeholdersbenadering (het Rijnlandse model) en de aandeelhoudersbenadering. Opvallend is dat de aanhangers van beide benaderingen in de Nederlandse literatuur een duidelijke plaats inruimen voor het werknemersbelang. Ook diegenen die de aandeelhoudersbenadering voorstaan – en die overigens in de minderheid zijn – menen dat aandeelhouders bij hun winststreven volgens huidige rechtsopvattingen rekening moeten houden met de werknemers. In de literatuur lijkt dus overeenstemming te bestaan over de opvatting dat het werknemersbelang een belangrijk onderdeel vormt van de in het belang van de vennootschap te maken afwegingen. Ook in de in hoofdstuk 4 beschreven sociologische rapporten en evaluaties onder bestuurders en commissarissen blijkt dat er een grote mate van consensus bestaat over de opvatting dat het Rijnlandse model als de juiste vorm van besturing van de Nederlandse vennootschappen wordt gezien.

De tweede hoofdlijn is dat er nauwelijks maatschappelijk draagvlak bestaat voor wijziging van de wetgeving over het medezeggenschapsrecht, zo constateerde ik in hoofdstuk 3. Sinds de jaren negentig hebben zich noch in de Wet op de ondernemingsraden, noch in het enquêterecht, noch in de structuurregeling fundamentele systematische wijzigingen voorgedaan. Deze statische benadering

werkt twee kanten op: er bestaat geen wil tot uitbreiding, maar ook niet tot beperking van rechten van werknemers en hun vertegenwoordigers. Dit bleek onder meer uit de herhaalde weigering van de wetgever om de ondernemingsraad enquêtebevoegdheid toe te kennen, maar ook uit de behandeling van het wetsvoorstel voor de Wet medezeggenschap werknemers, dat – onder andere vanwege de mogelijkheid tot het wegonderhandelen van rechten van werknemers – niet tot wet werd verheven. Waar de medezeggenschap gebrekkig functioneert, wordt de oorzaak algemeen gezocht bij de werknemers: zij beschikken over voldoende rechten, maar laten die onderbenut (SER-advies ‘Evenwichtig ondernemingsbestuur’).

Ik stel vast dat het Nederlandse medezeggenschapsrecht volgens huidige maatschappelijke opvattingen op zichzelf ondersteuning verdient, maar dat het systeem voor verbetering vatbaar is en dat verbetering niet door wetswijziging tot stand moet worden gebracht. Dat roept de vraag op hoe die verbetering dan wel kan plaatsvinden. Ik meen dat deze tot stand kan worden gebracht door te streven naar een coalitie tussen vennootschap en werknemers.

2 Drie modellen

Voor de toekomst van de medezeggenschap onderscheid ik drie modellen. Het eerste noem ik het ‘afzijdigheidsmodel’. Dit gaat ervan uit dat de werknemers nauwelijks invloed kunnen uitoefenen op de strategie van de vennootschap, omdat ze strategisch inzicht missen, te ver van de besluitvorming af staan of hun rechten onderbenut laten. Het tweede model is het ‘conflictmodel’. In deze vorm bevechten werknemers beïnvloeding van de strategie op alle fronten, onder meer door het voeren van juridische procedures en collectieve actie. Het derde model noem ik het ‘coalitiemodel’. In deze vorm zoeken de bij de vennootschap betrokkenen naar een structurele vorm van samenwerking bij de totstandkoming en uitvoering van het strategisch beleid, die niet beperkt blijft tot gelegenheids-coalities bij bepaalde strategische besluiten of specifieke geschillen. In mijn visie verdient dit laatste model de voorkeur, en ik zal dit toelichten aan de hand van het in dit onderzoek gepresenteerde materiaal.

3 De ondernemingsraad

In hoofdstuk 4 beschreef ik dat in het Nederlandse bedrijfsleven een driedeling is ontstaan: de Nederlandse vennootschap, het Nederlandse internationale concern en buitenlandse internationale concerns met belangen in Nederland. Afhankelijk van de categorie waarbinnen de vennootschap valt, ontstaan verschillen in de strategievorming door de concernleiding, de informatievoorziening aan en het

overleg met de ondernemingsraad en de rechtsmiddelen die kunnen worden aangewend. Naarmate de groep waarbinnen de vennootschap is geplaatst internationaler wordt, neemt de afstand tussen de concernleiding en de ondernemingsraad toe. De consequentie daarvan is een afname van de mogelijkheden van de raad om vroegtijdig invloed uit te oefenen op de vorming van het beleid. Hiervoor bestaat in beginsel een goede rechtvaardiging: de concernleiding van een internationaal concern heeft te waken over de belangen van de ondernemingen in alle landen en kan niet toestaan dat werknemers in één land een sterkere mate van invloed verkrijgen dan degenen die in andere landen werken. De keerzijde van dat beginsel voor de Nederlandse werknemers van zulke concerns is dat hun onderhandelingspositie sterk afneemt en ze nauwelijks over mogelijkheden beschikken om de strategie te beïnvloeden.

De driedeling werkt door in de wijze waarop binnen het concern informatie wordt verstrekt en overleg wordt gevoerd. Binnen Nederlandse ondernemingen bestaat er een redelijke mate van tevredenheid over het medezeggenschapsrechtelijke overleg, zij het dat dit inhoudelijk niet vaak over de strategie lijkt te gaan. De concernleiding heeft over het algemeen weinig behoefte aan strategisch overleg met de ondernemingsraad. Het lijkt dienstig dat het bestuur van de Nederlandse onderneming streeft naar hogere kwaliteit van de betrokkenheid van de werknemers bij de totstandkoming van de strategie. Dat betekent dat het bestuur het tot zijn taak kan rekenen om de concernstrategie relatief gedetailleerd aan werknemers uit te leggen en hen, waar mogelijk, in een vroeg stadium te betrekken bij de totstandkoming daarvan.

Het bestuur kan op deze wijze met de werknemers van de vennootschap een coalitie vormen, die leidt naar duurzame samenwerking, vermindering van conflicten en beter begrip van de werknemers voor de strategie van de vennootschap. Het voordeel is dat het bestuur en de werknemers, bij geschillen met aandeelhouders of derden over de strategie, gezamenlijk kunnen optrekken en dat daarvoor een structurele achtergrond bestaat, die niet tot de gelegenheid van het geschil beperkt is. Deze benadering heeft in mijn ogen uitsluitend zin wanneer werknemers ook daadwerkelijk een zekere mate van invloed op de strategie in een eerdere fase wordt gegund en zij hun taak serieus vervullen. Door deze aanpak vermindert bovendien de klacht dat het werknemers aan strategisch inzicht ontbreekt: dit inzicht zal toenemen wanneer het beleid goed wordt uitgelegd en geregeld ter discussie wordt voorgelegd. Werknemers moeten het dan wel tot hun taak rekenen zich in de strategie te verdiepen en hun begrip daarvoor te verbeteren. Ook de ondernemingsraad kan het initiatief nemen tot het vormen van een coalitie over de strategie. In het coalitiemodel kan de ondernemingsraad voorstellen richten aan het bestuur om een coalitie te vormen op het punt van de strategie. Het komt mij voor dat dit een effectieve

manier is om invloed op de vorming van strategisch beleid te vergroten, aangezien het bestuur een verzoek daartoe maar moeilijk kan weigeren.

Om te bezien of het coalitiemodel in de praktijk werkt, kunnen in mijn ogen drie toetsingscriteria worden onderscheiden: (1) de inhoud van het overleg met de ondernemingsraad, onder meer ingevolge artikel 24 WOR, (2) de betrokkenheid van de raad van commissarissen of niet-uitvoerende bestuurders bij het overleg met de ondernemingsraad en (3) het aantal malen dat de ondernemingsraad zich actief mengt in geschillen tussen de vennootschap en derden over de strategie.

Het eerste toetsingspunt kan tot uitdrukking komen in een verbetering van de kwaliteit van het overleg over het beleid van de vennootschap en een verhoging van de frequentie daarvan, doordat daadwerkelijk en niet plichtmatig inzicht wordt verschaft in de fase waarin de strategievorming zich bevindt, het bespreken van alternatieven en het betrekken van werknemers bij de implementatie daarvan.

Het tweede criterium volgt uit de constatering in mijn onderzoek dat het overleg tussen de raad van commissarissen en de ondernemingsraad te wensen overlaat. Weliswaar is in de recente periode een verbetering opgetreden in de contacten tussen commissarissen en werknemers, maar deze hebben een onregelmatig karakter en voldoen soms zelfs niet aan het wettelijke minimumvereiste. In het coalitiemodel zou de raad van commissarissen naar mijn mening, met inachtneming van de wettelijke taak van alle organen van de vennootschap, erop kunnen toezien dat de werknemers van de vennootschap een grotere mate van invloed krijgen op de strategie. Dit kan onder meer gebeuren door vertegenwoordigers van de raad van commissarissen vaker aanwezig te laten zijn bij het overleg met de ondernemingsraad. Daarnaast is het dienstig wanneer de raad van commissarissen niet te zuinig omgaat met zijn plicht tot aanwezigheid bij de overlegvergadering met de ondernemingsraad of deze vertegenwoordiging structureel delegeert aan iemand van buiten de raad. In het coalitiemodel kan de ondernemingsraad ook hier initiatief nemen, door de raad van commissarissen te vragen om te bevorderen dat overleg plaatsvindt tussen het bestuur en de ondernemingsraad over de strategie.

Het derde toetsingspunt valt voornamelijk af te meten aan het gebruik door de ondernemingsraad van de hem toekomende rechtsmiddelen.

Een aantal ondernemingsraden van Nederlandse ondernemingen heeft door gebruikmaking van een bij overeenkomst toegekend recht tot indiening van een enquêteverzoek het strategisch beleid van de vennootschap kunnen beïnvloeden. Gebruikmaking van dit middel heeft als voordeel dat de rechter het

HOOFDSTUK 7

strategisch beleid over een langere periode kan toetsen en zich niet hoeft te beperken tot strategische besluiten, zoals bij het beroepsrecht van artikel 26 WOR het geval is. Een nadeel van deze procedure is wel dat het gaat om tamelijk uitzonderlijke gevallen, waarin sprake is van (een vermoeden van) wanbeleid.

In het merendeel van die gevallen heeft de Ondernemingskamer geoordeeld dat het optreden van de werknemersvertegenwoordigers in het belang van de vennootschap was. Ook bij sommige Nederlandse internationale concerns heeft de ondernemingsraad door gebruik van het enquêterecht een vorm van invloed kunnen uitoefenen op de strategie. Hierbij ging het om een actieve, uit de processtukken kenbare inmenging van de ondernemingsraad in het strategisch beleid van de vennootschap voorafgaand aan een geschil. Daarnaast was sprake van voeging als belanghebbende in enquêteprocedures, die door aandeelhouders aanhangig waren gemaakt als gevolg van een verschil van mening over de strategie, en die geregeld gepaard gingen met het verzoek om één of meer organen te vervangen. Ondernemingsraden die zich zo in het debat hebben gemengd, vormden vaak een coalitie met het bestuur en de raad van commissarissen tegen een van buiten komende dreiging.

Ik meen dat hier een taak ligt voor de ondernemingsraad. Bij geschillen over de strategische koers zou de raad zich, vaker dan nu het geval is, verplicht moeten voelen tot actieve inmenging in het (processuele) debat. Daarbij dient hij een zelfstandige positie in te nemen, ook als hij een coalitie met organen van de vennootschap is aangegaan. Daarnaast meen ik dat de rechter – vaak de Ondernemingskamer – voor een verbetering van de situatie zou kunnen zorgen door een actieve belangstelling voor de positie van werknemers in strategische geschillen die hem ter beoordeling worden voorgelegd. Hij zou bijvoorbeeld gehoor kunnen geven aan een suggestie van de wetgever om de ondernemingsraad te horen over een enquêteverzoek en eventueel over te treffen voorzieningen (zoals ik besprak in hoofdstuk 3, nr. 3.1). Bovendien kan de rechter in verzoekschriftprocedures te allen tijde belanghebbenden, bekenden of onbekenden, doen oproepen (hoofdstuk 4, nr. 3.4.1). De Ondernemingskamer zou van de haar bij wet gegeven vrijheid gebruik kunnen maken om naar het bestaan van de ondernemingsraad te vragen en hem in relevante enquêtegeschillen op te roepen. Een duidelijke motivering van de rechterlijke uitspraak over het belang van de vennootschap vraagt in mijn ogen dat het werknemersbelang expliciet wordt meegewogen. Die motivering dient naar mijn mening altijd plaats te vinden wanneer werknemers zich als belanghebbende in de procedure hebben gevoegd.

Naast het enquêterecht is het beroepsrecht een tweede belangrijk rechtsmiddel voor de ondernemingsraad. De toetsing van de rechter is hier beperkt tot het strategische besluit dat hem wordt voorgelegd. Dit besluit kan deel uitmaken

van het strategisch beleid, maar dat beleid als zodanig kan niet door de rechter in de beroepsprocedure worden beoordeeld. Bij de toetsing van een strategisch besluit geldt een hoge drempel, namelijk of het besluit op kennelijk onredelijke gronden tot stand is gekomen. De jurisprudentie hierover lijkt in hoge mate te zijn uitgekristalliseerd, zij het dat ze niet altijd voorspelbaar is. Dit volgt vooral uit de wettelijke redelijkheidstoets en uit de nadruk die wordt gelegd op de aard van het besluit, onder meer in de rechtspraak over toerekening van besluiten of medeondernemerschap. Ik pleit ervoor dat in de jurisprudentie inzicht wordt geboden in het gewicht dat aan alle relevante omstandigheden wordt toegekend en ook in de technieken die worden gehanteerd om juridische structuren te doorbreken.

Uitoefening van het beroepsrecht past, zeker wanneer dit bij herhaling wordt uitgeoefend, in beginsel in het conflictmodel. Dat neemt niet weg dat de dreiging die van dit rechtsmiddel kan uitgaan er bij veel Nederlandse vennootschappen toe leidt dat met de medezeggenschap van werknemers, vooral van de ondernemingsraad, in een relatief vroegtijdig stadium rekening wordt gehouden, zodat (de uitvoering van) de besluitvorming niet later op problemen stuit. In een coalitiemodel zou een vroegtijdiger betrokkenheid van de ondernemingsraad tot stand kunnen komen zonder dat met het beroepsrecht behoeft te worden gedreigd of de ondernemingsraad van dit recht daadwerkelijk gebruik moet maken.

Een dergelijke coalitievorming komt moeilijker tot stand bij Nederlandse en buitenlandse internationale concerns. Veel Nederlandse internationale concerns hebben gekozen voor een scheiding tussen de activiteiten van de topholding, waarbinnen de vorming van de concernstrategie plaatsvindt, en verschillende subholdings, waarin de ondernemingen van de landen zijn gegroepeerd. In concerns met een dergelijke structuur heeft de ondernemingsraad uitsluitend medezeggenschap over de activiteiten van de Nederlandse onderneming. Bij een aantal Nederlandse internationale concerns met een holdingstructuur is een convenant gesloten met de ondernemingsraad van de Nederlandse subholding, waarin afspraken zijn gemaakt over de betrokkenheid van de ondernemingsraad bij grensoverschrijdende aangelegenheden. Dergelijke convenanten vind ik passen in het coalitiemodel. Bij buitenlandse internationale concerns komt dit veel minder vaak voor.

De ondernemingsraad van een onderneming die deel uitmaakt van een internationaal, breed vertakt concern, waarin de besluitvorming over meer schijven loopt, heeft het beduidend moeilijker om zijn beroepsrecht effectief uit te oefenen. In een dergelijke omgeving is de fase die voorafgaat aan de periode van een besluit in voorbereiding langer dan bij een zelfstandige onderneming en kan moeilijker worden bepaald wanneer de ene fase overgaat in de andere. Daarin verschilt de besluitvorming binnen het Nederlandse

internationale concern van de Nederlandse onderneming en neemt de mogelijkheid van de ondernemingsraden om in de voorfase van de besluitvorming invloed uit te oefenen af.

Dat geldt het sterkst bij buitenlandse internationale concerns, waar de besluitvorming onder de omstandigheden een nog ingewikkelder verloop kent en daardoor een grotere afstand van de Nederlandse ondernemingsraad heeft. Die afstand komt mede tot uitdrukking in de beperkingen die de Ondernemingskamer aanbrengt in haar rechtspraak over het beroepsrecht bij deze concerns. De jurisprudentie laat een beeld zien waarin (1) het uitzonderingskarakter van mogelijke afwijking van internationaal concernbeleid wordt bevestigd, (2) internationale besluiten kunnen worden genomen die indirect inwerken op de Nederlandse onderneming maar niet kunnen worden gezien als besluiten die haar rechtstreeks raken, en (3) rechterlijke terughoudendheid bestaat bij toetsing van individuele besluiten met een internationaal karakter, die niet onmiddellijk passen in een vooraf omschreven strategisch beleid.

Met het onder (1) genoemde uitzonderingskarakter doel ik op de jurisprudentie van de Ondernemingskamer waarin zij besliste dat de internationale concernstrategie veel gewicht in de schaal legde, zelfs wanneer kritiek kon worden uitgeoefend op de medezeggenschapsstructuur (het besluit tot wijziging van de strategie was aan geen enkele ondernemingsraad voorgelegd – zie de zaak Nering Bögel), of waar het ging om sluiting van op zichzelf rendabele vestigingen (Total en Leaf). Bij (2) gaat het om uitspraken van de Ondernemingskamer waarin zij uitmaakte dat internationale strategische bewegingen die de Nederlandse onderneming niet rechtstreeks raakten (maar daarop mogelijk wel indirect invloed hadden), niet onder het adviesrecht van de ondernemingsraad konden worden gebracht. Dit speelde onder meer bij Honeywell, waar het besluit van het Europese management tot plaatsing van productieopstellingen in Tsjechië niet werd geacht de Nederlandse onderneming te raken, hoewel dit besluit wel tot vermindering van de capaciteit in Nederland kon leiden. De onder (3) genoemde rechterlijke terughoudendheid kwam onder meer tot uitdrukking in jurisprudentie waarin de Ondernemingskamer onderscheid maakte tussen een ‘strategische keuze’ en een ‘voorgenomen besluit’. De term ‘strategische keuze’ (voor een door een strategisch adviseur in een mondiale evaluatie uitgebrachte aanbeveling tot outsourcing, zie VNU Publitec) impliceert dat de kamer niet dacht aan een vastgesteld strategisch beleid, waarbij het concernbelang tegen het belang van de Nederlandse onderneming moest worden afgewogen, maar van een opzichzelfstaande keuze met een internationaal karakter, waaraan niet de status van voorgenomen besluit kon worden toegekend. Een vergelijkbare terughoudendheid was zichtbaar in de zaak SSH, waarin de Ondernemingskamer van buiten de onderneming komende internationale voorwaarden (van de Europese Commissie en

door de concernleiding opgelegde tijdsdruk) zwaar liet wegen in haar oordeel dat er geen sprake was van een kennelijk onredelijk besluit van de Nederlandse ondernemer om te komen tot verkoop van de onderneming aan een directe concurrent.

Die beperkingen leiden overigens niet tot de conclusie dat het voor de ondernemingsraad van een onderneming die tot een buitenlands internationaal concern behoort, onmogelijk is om besluiten door uitoefening van het beroepsrecht aan te tasten. De raad moet dan wel met zwaarwegende argumenten komen om het door de concernleiding uitgezette beleid te doorkruisen. Deze leer zou in het coalitiemodel verder vorm kunnen krijgen doordat Nederlandse internationale concerns werken aan een verbetering van het overleg met de Nederlandse of, in voorkomend geval, de Europese ondernemingsraad (zie hierna). Voor buitenlandse internationale concerns beschouw ik het niet onmiddellijk als realistisch te verwachten dat ze zich aanpassen aan het Nederlandse stakeholdersmodel. Dat neemt niet weg dat ook hier een verbetering mogelijk is doordat het bestuur van de Nederlandse dochtervennootschap bij de concernleiding aandacht vraagt voor de positie van werknemers en de juridische noodzaak die kan bestaan hen bij (de uitvoering van) de concernstrategie te betrekken.

Tot slot speelt de structuurregeling een belangrijke rol in de Nederlandse sociale verhoudingen, vooral bij niet-beursgenoteerde vennootschappen. Bij geschillen tussen aandeelhouders en het bestuur over het strategisch beleid kan de raad van commissarissen een bufferfunctie vervullen, doordat hij het bestuur kan ontslaan en belangrijke strategische besluiten moet goedkeuren voordat ze kunnen worden uitgevoerd. Het structuurregime kan zo een goede werking vervullen, bijvoorbeeld in gevallen waarin aandeelhouders handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid. De ondernemingsraad heeft een belangrijke taak bij het bewaken van de onafhankelijkheid van de raad van commissarissen en zou meer gebruik moeten maken van zijn (versterkte) recht van aanbeveling. Het inrichten van een centraal bestand van kwalitatief goede commissarissen zou hem daarbij kunnen helpen.

4 De Europese ondernemingsraad

In hoofdstuk 5 stelde ik de vraag of de beperkingen die de ondernemingsraad van een Nederlandse of buitenlandse internationale groep ondervindt in zijn mogelijkheden tot beïnvloeding van de strategie worden ondervangen door het functioneren van de Europese ondernemingsraad. Ik heb die vraag ontkennend beantwoord. De belangrijkste reden hiervoor is dat de wet niet voorziet in effectieve sancties wanneer het advies van de raad niet wordt gevolgd, althans wanneer de procedure leidend tot dat advies niet naar behoren is doorlopen. De

HOOFDSTUK 7

mogelijkheid om rechterlijke toetsing van het besluit van het hoofdbestuur af te dwingen – zoals het Nederlandse recht kent in artikel 26 WOR – ontbreekt. Dat betekent dat de raad zich heeft te richten op het optimaliseren van de rechten die hij heeft: de rechten op informatie en consultatie.

Op dat laatste vlak heeft zich in de afgelopen periode een ontwikkeling voorgedaan waaruit blijkt dat de (buitenlandse) Europese ondernemingsraad een sterkere speler in het internationale krachtenveld is geworden. Uit de door mij besproken jurisprudentie van buitenlandse rechters blijkt dat hij middelen heeft om een deugdelijk informatie- en raadplegingstraject af te dwingen. Die mogelijkheden zijn vooral zichtbaar in gevallen waarin het hoofdbestuur consultatie van een Europese ondernemingsraad in het geheel achterwege heeft gelaten, de informatievoorziening onvoldoende is of een besluit op nationaal niveau in wezen deel uitmaakt van een strategisch plan met Europese dimensie, terwijl de Europese ondernemingsraad daarin niet (tijdig) is gekend. Uit de buitenlandse jurisprudentie blijkt voorts dat de rechter de Europese medezeggenschapsrechten kan laten prevaleren als er grote commerciële belangen op het spel staan, zoals een fusie waarbij beursgenoteerde vennootschappen betrokken zijn.

In de Nederlandse jurisprudentie is die ontwikkeling nog niet zichtbaar geworden. Ik verwacht dat de verdere ontwikkeling van de Europese medezeggenschap in Nederland zal leiden tot een groter aantal geschillen, zowel waar het gaat om de oprichting van een Europese ondernemingsraad bij de Nederlandse moederonderneming van een communautaire groep of vertegenwoordiger van een buitencommunautaire groep, als op het terrein van informatie en raadpleging van de Europese ondernemingsraad in Nederland. Bij dat laatste zal niet alleen de Europese, maar ook de Nederlandse ondernemingsraad zijn rechten krachtiger kunnen doen gelden dan nu het geval is.

Ook hier sta ik een coalitiemodel voor. Binnen het internationale concern zie ik de waarde van de Europese medezeggenschap vooral als opinieleider. Die functie kan positieve effecten hebben bij het creëren van draagvlak voor een strategisch *beleid* van de groep en bij belangrijke strategische *besluiten*, zoals een fusie of overname. Daarnaast dient de Nederlandse Europese ondernemingsraad zich te bezinnen op de vraag of niet vaker de confrontatie moet worden gezocht om zo zijn invloed op de strategie te doen gelden. Een dergelijke confrontatie dient in mijn ogen niet structureel te zijn, omdat dat de coalitievorming belemmert, maar kan wel dienstig zijn in het opbouwen van een onderhandelingspositie en het vergroten van het respect van het hoofdbestuur en de werknemers van de groep.

Een toename van het aantal door Nederlandse ondernemingsraden gevoerde juridische procedures kan zo een toetsingspunt vormen voor de werking van het

coalitiemodel. Dit geldt eveneens voor een verdieping van de samenwerking tussen de Nederlandse Europese ondernemingsraad en de lokale ondernemingsraad, al dan niet in rechte. Ik realiseer mij dat dit standpunt op het eerste gezicht een paradox inhoudt: het voeren van een juridische procedure lijkt primair te passen in een conflictmodel. Een juridische procedure om tot oprichting van de Europese ondernemingsraad te komen, of om de rechten tot informatie en raadpleging kracht bij te zetten, verzet zich bij nadere beschouwing niet tegen het vormen van coalities en kan dit juist ondersteunen. De reden hiervoor is mede dat de Nederlandse Europese ondernemingsraad in zijn ontwikkeling ver is achtergebleven bij de buitenlandse Europese ondernemingsraad en de Nederlandse ondernemingsraad, die inmiddels voor rijke jurisprudentie hebben gezorgd. Deze jurisprudentie heeft in mijn ogen bijgedragen tot grotere duidelijkheid over hun positie, hetgeen ook de Nederlandse Europese ondernemingsraad kan baten. Een juridische procedure kan mijns inziens passen in een zakelijke samenwerking, zonder deze direct als conflictueus te betitelen.

5 De vakorganisaties

De vakorganisaties worden geconfronteerd met afnemende representativiteit en een discussie over hun legitimiteit. Dat zou hen kunnen brengen tot een herbezinning op hun maatschappelijke positie en, vooral, op hun rol bij het strategisch beleid van de vennootschap.

Een van de methoden om invloed daarop te bewerkstelligen is de enquêtebevoegdheid die de vakorganisaties bij wet is toegekend. Uit mijn onderzoek blijkt dat ze zeer terughoudend zijn bij het gebruik van het enquêterecht, en dat dit mogelijk berust op de misvatting dat uitoefening van dit recht hun weinig heil brengt. Dat is wellicht juist bij enquêteprocedures die zich in wezen richten op strategische *besluiten* van de vennootschap, zoals reorganisaties of het uitvoeren van insolventieprocedures. De vakorganisaties zijn, zo beschreef ik in hoofdstuk 6, wel succesvol geweest als ze enquêteprocedures voerden tegen het strategisch *beleid*, voor zoveel dat verder strekt dan een poging tot behoud van werkgelegenheid.

De zaken PCM en Meavita vormen hiervan duidelijke voorbeelden. De vakorganisaties hebben hier jurisprudentie gemaakt die heeft geleid tot algemene regels over het handelen van private-equitypartijen of complexe zorgconcerns en die zo andere vennootschappen tot voorbeeld kan strekken. De Ondernemingskamer heeft beslist dat het recht van de vakorganisaties om een onderzoek te verzoeken niet beperkt is tot het beleid op sociaal en economisch gebied; het

HOOFDSTUK 7

gaat dus om een ruime bevoegdheid, waarbij de enquête een waarschuwingsfunctie voor andere vennootschappen kan vervullen. De vakorganisaties kunnen, door op te treden in situaties die mogelijk als wanbeleid kunnen worden gekwalificeerd, niet alleen een bijdrage leveren aan de rechtsontwikkeling, maar ook aan gezag binnen de Nederlandse samenleving winnen. Door vergroting van dit gezag verwacht ik dat zij ook hun representativiteit en legitimiteit kracht kunnen bijzetten en zo in staat zijn tot overleg over de strategie van de vennootschap in het coalitiemodel.

Als toetsingspunt voor de werking van het coalitiemodel zie ik daarom een toename van het aantal door de vakorganisaties gevoerde enquêteprocedures over het strategisch beleid, ook wanneer het daarin aan de orde gestelde belang breder is dan de gang van zaken bij de vennootschap die onderwerp is van het verzoek of het onderzoek. Het gebruik van de enquêtebevoegdheid zou onder omstandigheden een vervanging van collectieve actie kunnen vormen. De strategieën van organizing en corporate campaigns lijken in Nederland weinig tot ontwikkeling te zijn gekomen. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad over het stakingsrecht blijkt dat gebruik van rechtsmiddelen door de vakorganisaties van invloed kan zijn op de vraag of collectieve acties geoorloofd zijn. De enquêtebevoegdheid zal in veel gevallen waar kritiek op het strategisch beleid bestaat een betere uitkomst kunnen bieden dan een collectieve actie.

6 Tot slot

Ik concludeer dat verbetering van de invloed van werknemers op de strategie van de vennootschap mogelijk is door een coalitie tussen vennootschap en werknemers. Met dit onderzoek hoop ik een bijdrage te leveren aan het denken hierover.

Summary

1 The Subject of the study

The subject of this study is to examine to what extent employees can influence the strategic policy of the Dutch company, the Dutch multinationals and foreign multinationals, and how this state of affairs can be improved in line with social views in this respect.

The influence employees have on company strategy is under threat. One of these threats is the increasing volatility of the relationship between the company and its employees. The increase in labour market flexibility, the rise of a self-employed work force without personnel and – more generally – the decrease in employee involvement in their work have made it more difficult to steer employee participation in the right direction. One consequence of this appears to be a reduction in the activeness of employees in our society. Another threat comes from the internationalisation of business in general and the three-way split in employee participation rights that has come about in the Netherlands and that will be addressed again later in this chapter.

The formation of strategic policy can be divided into four phases. The first phase is a preliminary analysis that investigates how the company operates, its difficulties or shortcomings concerning its results, and how these results relate to the strategy. The second phase is the formation of a strategic design, an umbrella structure for decision-making. Phase three is the operational design, which is developing the strategic design in such a way that it can be implemented. Phase four then deals with the actual implementation itself.

Employee involvement often comes about only at the end of phase two or even as late as phase three. This is often when a strategic design has been made after having considered alternatives. However, it might be better to involve employees as early as the first phase, since all the important choices about strategic direction are made at this stage. I think that when employees are not successful in entering into the strategic decision-making process in an earlier phase, their position can be marginalised over time. I am not referring only to the most extreme consequence, the loss of employee participation from company relationships, but also less far-reaching movements, such as employees being

SUMMARY

reduced to assessing strategic decisions only after they have been made, or to dealing with employment terms and conditions.

Where I discuss forming a strategy, I draw a distinction between strategic *policy* and strategic *decisions*. Strategic decisions are single stand alone acts, and are often acts required by statute, whilst policy encompasses an entire range of multiple decisions taken over a longer period. The current social views about employee influence on strategic policy can be summarised along two main lines.

The first is the emphasis given in the Netherlands to the importance of the company and its undertaking. There are different views on the importance of the company, the greatest contrast being between the stakeholder approach (the Rhineland model) and the shareholder approach. It is notable that the adherents of both approaches in Dutch academic literature make way for the interest of the employees. Proponents of the shareholder approach think that under current interpretations of the law, shareholders must take account of the employees when seeking profits. Therefore, there seems to be agreement in academic literature that the interest of the employees forms an important element when considering the company's interest. The sociological reports and evaluations of top management and supervisory directors show a large degree of consensus that the Rhineland model is seen as the right form of management for Dutch companies.

The second main line is that there is hardly any broad social support to revise legislation on employee participation rights. There has been no systematic revision of the Works Council Act, to the right of inquiry, or to the structure regime since the latter half of the twentieth century. This static approach has its effect in two directions: there is no will for expansion, but also no will for limiting the rights of employees and their representatives. This is shown by the repeated refusal of the legislator to grant the works council the power of inquiry, but also from the parliamentary debate on the new Works Councils Act, that was not enacted into law, partly due to the possibility of negotiating away employee rights. When employee participation fails to function well, the search for the cause is generally sought on the side of the employees: they have sufficient rights, but do not make full use of what they have.

I conclude that in line with current social opinion, the Dutch law on employee participation deserves support as such, but that the present system could be improved and that any change should not be legislative. That begs the question as to how this improvement can be made. I think that it can be achieved by working towards a coalition of company and employees.

2 Three models

I suggest there are three models for the future of employee participation. I call the first the 'non-involvement model'. This assumes that the employees can exercise little or no influence over the strategy of their company, because they lack strategic insight, are too far removed from decision-making, or because they do not use the rights they have. The second model is the 'conflict model'. In this model, employees fight on all fronts to influence strategy, including instituting legal proceedings and industrial action. The third model I call the 'coalition model'. In this model, those involved with the company look for a regular form of cooperation in forming and implementing strategic policy, and which is not limited to ad hoc coalitions with regard to particular strategic decisions or specific disputes. In my view, the latter model is preferable and I will explain this using the material presented in this research.

3 The works council

In my view, a three-way split has developed in Dutch companies, Dutch multinationals and foreign multinationals with interests in the Netherlands. Depending on which category the company falls under, there are differences in how the management determines a strategy, the provision of information to and consultations with the works council and means of redress that can be applied. The more international the company's group, the greater the distance between management and the works council. The consequence of this is a decrease in the works council's ability to influence policymaking at an early stage. There is good justification for this: the management of a multinational has to keep a close eye on the interests of its companies in all countries, and cannot allow the employees in one country to obtain a greater degree of influence than those who work in other countries. The drawback for the Dutch employees of such a group is a significant reduction in their negotiating position, and they hardly have any opportunities to influence strategy.

The trichotomy extends to the way in which information is distributed within the group of companies and how consultations are carried out. There is a reasonable degree of satisfaction within Dutch companies with consultations under the employee participation law, even though these do not often deal substantively with strategy. The management of multinationals, in general, have little need for strategic consultation with the works council. It seems useful for the management of the company to strive for improving the quality of employee involvement in forming strategy. That means that management can consider it its duty to present the group strategy in relative detail to employees and, where possible, involve them at an early stage in bringing it about.

SUMMARY

Management is able in this way to form a coalition with employees that will lead to sustainable collaboration, reduction of conflict, and improvement of employee understanding of the company's strategy. The advantage is that where there are disputes with shareholders or third parties about the strategy, management and employees are able to act jointly, based on a cooperation that is not limited to that particular dispute. In my view, this approach makes sense only when employees have also been allowed some real degree of influence on strategy in an earlier phase. This approach, furthermore, reduces the severity of the complaint that employees do not have sufficient understanding of company strategy: such insight will improve when policy is explained well and is regularly raised for discussion.

Employees must then accept that part of their task is to look into the strategy in more depth and improve their understanding of it. The works council also can take the initiative to form a coalition about the strategy. In the coalition model, the works council can propose the formation of such a coalition on strategy to management. This appears to be an effective way to increase influence on the formation of strategic policy, since management would find it hard to refuse such a request.

I think there are three criteria to assess whether and how the coalition model works in practice: (1) the substance of the consultations with the works council; (2) the involvement of the supervisory board or non-executive directors in consultations with the works council; and, (3) the number of times that the works council takes an active part in disputes between the company and third parties about its strategy.

The first criterion is the improvement in the quality of consultations on the company's policy. This could mean that management inform the employees about the status of the strategy making process, discuss alternatives and involve them in implementation.

The second criterion follows from the finding in my research that consultation between the supervisory board and the works council leaves much to be desired. There may recently have been improvements in contacts between supervisory directors and employees, but these are irregular and sometimes do not even satisfy the minimum legal requirements. As I view the coalition model, the supervisory board would, bearing in mind the statutory tasks of all bodies of the company, be able to ensure that employees obtain a greater degree of influence on its strategy. This can be done by increasing the number of times that representatives of the supervisory board are present at the consultations with the works council. It would also be useful if the supervisory board were not too sparing with its duty to be present in the consultative meetings with the

works council. In the coalition model, the works council could also take the initiative for this by asking the supervisory board to facilitate consultations between management and the works council on strategy.

The third criterion can be measured chiefly from the use made by the works council of the means of redress available to it.

A number of works councils in Dutch companies have been able to influence the company's strategic policy by using the right to apply for an inquiry obtained by agreement. The advantage of using this method is that the court can assess the strategic policy over a longer period and does not have to be limited to strategic decisions, as is the case with the right of appeal under Article 26 Works Council Act. A disadvantage of this procedure is that it is limited to a rather exceptional set of cases in which mismanagement is suspected.

In the majority of cases, the Enterprise Division has ruled that actions by employee representatives were in the company's interest. In some Dutch multinationals, the works council has been able to use the right of inquiry to exercise some form of influence on strategy. This was an active interference, evident from procedural documents, by the works council in the company's strategic policy preceding a dispute. Works Councils have also joined inquiry proceedings as an interested party. These proceedings were often started by shareholders as a means of changing the company's strategy. Works councils that have become involved in the debate in this way often formed a coalition with the management and the supervisory board against an outside threat.

I think there is a task here for the works council. In disputes about strategic course, the council should feel obliged, more often than it now does, to join the (procedural) debate. It should take an independent position on this, even if it has joined a coalition with the company. In addition, I think that the court could show an active interest for the position of employees in strategic disputes submitted for its assessment. The court – often the Enterprise Division – could, for instance, hear the works council regarding a request for an inquiry. Furthermore, the court could have interested parties, known or unknown, summoned at any time in these proceedings. The Enterprise Division could use the freedom given it by law to enquire about the existence of a works council and summon it in relevant inquiry disputes. A clear motivation for the court's decision on the interest of the company demands, in my eyes, that the interest of its employees is explicitly taken into consideration. This motivation must, in my opinion, always be given when employees have joined the proceedings as interested parties.

SUMMARY

Next to the right of inquiry, the right of appeal is a second important right of redress for the works council. The court's assessment here is limited to the strategic decision submitted to it. This decision can form part of strategic policy, but the court cannot assess that policy as such in the appeal procedure. There is a high threshold for the assessment of a strategic decision, namely whether the decision was reached on evidently unreasonable grounds. Case law on this appears to be crystallized to a high degree, even if it is not always predictable. This follows especially from the statutory test of reasonableness and from the emphasis attached to the nature of the decision, including case law on the imputation of decisions of co-entrepreneurship. I submit that case law offers insight into the weight granted to all relevant circumstances and also into the techniques used to pierce through the legal structures.

Exercising the right of appeal belongs, in principle, and certainly when exercised repeatedly, to the conflict model. That does not alter the fact that the threat that can proceed from this right of redress can lead, among many Dutch companies, to employee participation at a relatively early stage. Early involvement of the works council should be possible in a coalition model without the threat of litigation.

Such coalition formation is more difficult to bring about in Dutch and foreign multinationals. Many Dutch multinationals have opted for a separation between the activities of the top holding, where company strategy is formed for the international group, and the various subholdings for each country in which the companies operate. Within groups with such a structure, the employee participation only covers the activities of the Dutch company. A number of Dutch multinationals with such a structure have concluded an agreement with the Dutch subsidiary's work council on arrangements concerning the works council's involvement in cross-border matters. I think that such agreements fit the coalition model. This occurs much less frequently with foreign multinationals.

The works council of a company forming part of a Dutch multinational, in which decision-making passes through multiple levels, has much greater difficulty in making use of its right of appeal effectively. In such cases, the preparation phase lasts longer than it does in an independent company, and it is more difficult to determine exactly when one phase ends and another begins.

In most foreign multinationals, the decision-making process takes an even more convoluted course, which leads to limitations for employee participation. These limitations are evident from the Enterprise Division's case law on foreign multinationals. The jurisprudence reveals a picture in which (1) the exceptional nature of possible deviations from international group policy is confirmed, (2)

international decisions may have an indirect impact on the Dutch company, but cannot be viewed as decisions that impact it directly, and (3) there is judicial restraint when assessing individual decisions of an international character, that do not immediately fit a pre-determined strategy.

By the exceptional nature described under (1) I refer to the case law of the Enterprise Division, in which it decided that the international group of companies strategy adds a heavy weight to the scale even when criticism could be expressed about the employee participation structure (the decision to revise the strategy was not submitted to any works council – see *Nering Bögel*), or where it pertains to the closure of entities that were independently profitable (*Total* and *Leaf*).

Point (2) concerns decisions of the Enterprise Division in which it determined that international strategic moves that do not directly touch the Dutch company (but possibly did have an indirect influence on it) could not be brought under the works council's right to advise. This was at play in *Honeywell*, amongst others, where the decision by its European management to put production facilities in the Czech Republic were not deemed to touch the Dutch company, even though this decision could in fact lead to a reduction of capacity in the Netherlands.

The judicial restraint referred to under (3) was expressed in case law in which the Enterprise Division made a distinction between a 'strategic choice' and a 'proposed decision'. The term 'strategic choice' (for a recommendation for outsourcing made by a strategic adviser in a global evaluation, see *VNU Publitec*) implies that the Division was not thinking of an adopted strategic policy, in which the interest of the company group had to be weighed against that of the Dutch company, but of an independent isolated choice having an international character, which cannot be given the status of a proposed decision. Similar restraint was evident in *SSH*, in which the Enterprise Division had international conditions coming from outside the company (being from the European Commission and time pressure imposed by the group company management) weigh heavily in its opinion that there was no evidently unreasonable decision of the Dutch entrepreneur to proceed to sell his company to a direct competitor.

These limitations, by the way, do not lead to the conclusion that it is impossible for the works council of a foreign multinational to challenge decisions. The council must in these cases come up with compelling arguments to intervene in policy set out by the group's management. I do not think it is realistic to expect foreign multinationals to adopt the Dutch stakeholders model. However, in some cases, the Dutch subsidiary's management must draw the attention of top

SUMMARY

management to the position of employees and the legal necessity to involve them in the (implementation of) the group's strategy.

Finally, the Dutch regime for large companies (the "*structure regime*") plays an important role in the Netherlands, especially in companies that are not publicly listed. In disputes between shareholders and management about the strategic policy, the supervisory board can have a buffer role. It can dismiss the board of directors, or must approve important strategic decisions before these can be executed. The structure regime can work properly, for example in cases in which shareholders are acting contrary to reasonableness and fairness. The works council has an important duty in monitoring the independence of the supervisory board and should make greater use of its enhanced right of recommendation. Setting up a central directory of high calibre supervisory directors could be helpful.

4 The European works council

In this study, I pose the question whether the limitations to its options experienced by the works council of a Dutch or foreign multinational to influence strategy are offset by the functioning of the European works council. This is not the case. The most important reason for this is that the law does not provide for effective sanctions when the council's advice is not followed. There is no option to enforce court assessment of a decision of the executive board. That means that the European Works Council must aim to optimise the rights that it does have: the rights to information and consultation.

There have been developments in the latter area recently such that the (foreign) European works council has become a stronger player in the international arena. It appears from foreign jurisprudence that it has the resources to enforce sound information and consultation procedures. These options are particularly evident where the executive board has entirely ignored consultation with a European works council, the provision of information is insufficient, or a decision at a national level forms part of a strategic plan with European dimensions,

This development is not yet apparent in Dutch case law. I expect that the further development of European employee participation in the Netherlands will lead to a greater number of disputes, both concerning the formation of a European works council in the Dutch parent company of a Community group or representative of a non-Community group, as well as in the area of information and consultation of the European works council in the Netherlands. I expect that not only the European, but also the Dutch works council, will attempt to make its rights apply with greater strength than now is the case.

Here, too, I am in favour of a coalition model. Within the multinationals, the value of the European Works Council is that it can act as an opinion leader. This function can have positive effects for the creation of support for a strategy and for important strategic decisions, such as a merger or takeover. In addition, the Dutch European works council will have to reflect on whether confrontation needs to be sought more frequently in order to influence strategy. Such confrontation, I think, should not be too frequent, since this would impede coalition formation.

5 The trade unions

The trade unions are faced with becoming less representative and their legitimacy is under discussion. That could bring them to a reconsideration of their position in society and, especially, of their role in the company's strategic policy.

One of the methods to bring this about is through the authority to initiate inquiry proceedings granted them by law. My research has shown that the trade unions are very reticent in their use of the right of inquiry and that possibly this is based on the misapprehension that exercising this right would bring them little good. That is probably true for inquiry proceedings geared in essence towards the company's strategic decisions, such as reorganisations or implementing insolvency proceedings. The trade unions have been more successful when they have brought inquiry proceedings against strategic policy, insofar as that goes beyond an attempt to maintain jobs.

The *PCM* and *Meavita* cases are clear examples of this. The trade unions made case law here that has led to general rules on the actions of private equity holders or complex care group of companies and can serve as examples for other companies. The Enterprise Division has decided that the right of the trade unions to apply for an inquiry is not restricted to policy in the social and economic area: it is a broad power, whereby the right of inquiry can have a warning function for other companies. By acting in situations that possibly could be qualified as mismanagement, the trade unions could not only make a contribution to the development of law, but also gain authority within Dutch society. By increasing this authority, I expect that they will also be able to increase their representativeness and legitimacy and be in a position to consult on the company's strategy in the coalition model.

As a measure for the functioning of the coalition model, I see an increase in the number of inquiry proceedings brought by the trade unions concerning the strategic policy, also where there is a wider interest at stake. The use of

SUMMARY

the authority to enquire could, under some circumstances, replace industrial action. Organizing strategies and corporate campaigns seem to have seen little development in the Netherlands. The Supreme Court's case law on the right to strike suggests that the trade unions must sometimes choose litigation over and above industrial action. The right of inquiry could offer, in many cases where there is a dispute on strategy, a better outcome than industrial action.

6 Finally

I conclude that increasing employee influence on their company's strategy is possible by a coalition between company and employees. I hope this study will contribute to widening the debate further on this subject.

Verkort aangehaalde literatuur

Abma 2009

R. Abma, Ontwikkelingen in en conclusies uit de jaarlijkse algemene vergaderingen 2009, Ondernemingsrecht 2009/116

Arthurs 1998

H.W. Arthurs, The collective labour law of a global economy, in: C. Engels and M. Weiss, Labour law and industrial relations at the turn of the century, liber amicorum in honour of Roger Blanpain, Kluwer Law International 1998

Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2009

Asser-serie Rechtspersonenrecht, De naamloze en besloten vennootschap, deel 2-II*, Kluwer 2009

Assink 2007

B.F. Assink, Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 59, Kluwer 2007

Assink 2009

B.F. Assink, Facetten van verantwoordelijkheid in hedendaags ondernemingsbestuur, in: B.F. Assink en D.A.M.H.W. Strik, Ondernemingsbestuur en risicobeheersing op de drempel van een nieuw decennium: een ondernemingsrechtelijke analyse, Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht', Kluwer 2009

Assink 2010

B.F. Assink, De Januskop van het ondernemingsrecht: over faciliëring en regulering van ondernemerschap, Kluwer 2010

Bannier 2003

F.A.W. Bannier, Het wetsontwerp tot wijziging van de structuurregeling, vanuit een litigator's standpunt, in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2002-2003, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 72, Kluwer 2003

Barentsen en Sagel 2012

B. Barentsen en S. Sagel, Kroniek van het sociaal recht, Nederlands Juristenblad 2012/2453

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Barneveld 2009

J. Barneveld, PCM & private equity; over de rol van het vennootschappelijk belang bij vermogensonttrekkingen, WPNR 2009/6791, p. 230-238

Bartman 2004

S.M. Bartman, Voorbij de NV en BV. Over corporate governance en het tekort van ons vennootschapsrecht, Kluwer 2004

Bartman 2008

S.M. Bartman, De verweesde onderneming, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten, en D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2007-2008, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 97, Kluwer 2008

Bartman 2009

S.M. Bartman, Het benoemings- en vetorecht van de Nederlandse Staat in de raad van commissarissen van ING: een vennootschapsrechtelijk dubieuze constructie, WPNR 22-29 augustus 2009/6809

Bartman/Dorresteyn 2013

S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, Van het concern, Kluwer 2013

Bartman en Holtzer 2008

S.M. Bartman en M. Holtzer, Evenwichtig ondernemingsbestuur in de polder, Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2008-3, pag. 57-65

Bartman en Holtzer 2010

S.M. Bartman en M. Holtzer, Het enquêterecht voorzichtig onder het mes, Ondernemingsrecht 2010, 14

Blanco Fernández 1993

J.M. Blanco Fernández, De raad van commissarissen bij nv en bv, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 19, Kluwer 1993

Beltzer en Zaal 2008

R.M. Beltzer en I. Zaal, Kroniek medezeggenschapsrecht 2007, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje, Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2007-2008, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 97, Kluwer 2008

Beltzer 2010

R.M. Beltzer, Vakbonden en collectieve arbeidsvoorwaardenvorming: de juridische legitimatie erodeert, NJB 2010, afl. 35, p. 2275

Beltzer 2012

R.M. Beltzer, *Arbeid en onderneming; van indifferentie naar beperkt mutualisme*, Boom

Juridische Uitgevers 2012

Berendsen en Westenbroek 2008

S.J.H.M. Berendsen en W.A. Westenbroek, *Het SER-advies en ontwikkeling in het enquêterecht*, *Ondernemingsrecht* 2008, 65

Van Beurden e.a. 2009

P. van Beurden, H. van Ees en R. Goodijk, *Gebruik, niet-gebruik of onderbenutting? Onderzoek naar de bevoegdheden en mogelijkheden door de (Centrale) Ondernemingsraad in grote Nederlandse ondernemingen*, augustus 2009

De Bie Leuveling Tjeenk 2011

J. de Bie Leuveling Tjeenk, *De corporate governance code als bron van ondernemingsrecht in enquêtezaken*, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2010-2011*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 110, Kluwer 2011

Blanpain 1997

R. Blanpain, *Information and consultation of employees; a comparative overview*, in: *Medezeggenschap op Europees niveau; de EU-Richtlijn van 22 september 1994*, Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 26, Kluwer 1997

De Blécourt e.a. 2009

M.A. De Blécourt, J.J.M. Lamers, (red.) e.a., *Is medezeggenschap bestand tegen internationale aansturing?*, in: L.C.J. Sprengers en G.W. van der Voet (red.), *De toekomst van de medezeggenschap. Aanbevelingen aan de wetgever*, Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 37, Kluwer 2009

De Bock 2002

E.S. de Bock, *Ontslag van statutair bestuurders*, *Sociaal Maandblad Arbeid* 2002 - 10

Den Boogert 2004

M.W. den Boogert, *De raad van commissarissen onder de nieuwe corporate governance code*, *Ondernemingsrecht* 2004, 4

Den Boogert 2005

M.W. den Boogert, *De vergeten band tussen de raad van commissarissen en de algemene vergadering; de Januskop van de commissaris*, *Ondernemingsrecht* 2005, 87

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Den Boogert 2010

M.W. den Boogert, 'Nood breekt wet?' Recht in crisistijd, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2009-2010, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 104, Kluwer 2010

Boot 2009

A.W.A. Boot, De ontwortelde onderneming. Ondernemingen overgeleverd aan financiers?, Van Gorkum 2009

De Bos en Lückérath 2008

A. de Bos en M. Lückérath-Rovers, Nationaal Commissarissen Onderzoek 2008, Erasmus 2008

De Bos en Lückérath 2009

A. de Bos en M. Lückérath-Rovers, Nationaal Commissarissen Onderzoek 2009, Erasmus 2009

Breek en Slotboom 1996

J.F. Breek en M.M. Slotboom, De Europese ondernemingsraad; implementatie in Nederland, TVVS 1996 nr. 96/6

Brink e.a. 1998

M. Brink (red.), Toepassing en toekomst van de structuurregeling, Actualia Ondernemingsrecht deel 14, Kluwer 1998

Boukema

C.A. Boukema, Rechtspersonen (commentaar), Titel 8, Afdeling 2

Bungener 2003

A.F. Bungener, Evaluatie Wet op de Ondernemingsraden, Ondernemingsrecht 2003, 9

Burger 2006

P.H. Burger, Zelfregulering in medezeggenschapsrecht: de (on-)wenselijkheid van vervreemdbare WOR-bevoegdheden, in: M. Holtzer. A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje, Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2005-2006, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 87, Kluwer 2006

Buijs 1997

D.C. Buijs, Pas de deux van de Europese Ondernemingsraad, in: Medezeggenschap op Europees niveau; de EU-Richtlijn van 22 september 1994, Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 26, Kluwer 1997

De Bijll Nachenius 1996

H.J. de Bijll Nachenius, Wet op de Europese ondernemingsraden, De Naamloze Vennootschap 74/5 mei 1996

Calkoen 2011

W.J.L. Calkoen, The one-tier board in the changing and converging world of corporate governance, Erasmus Universiteit Rotterdam 2011

Chandler 1962

A. Chandler, Strategy and structure: chapters in the history of the American industrial enterprise, Cambridge, MIT Press 1962

Cools e.a. 2009

K. Cools, P.G.F.A. Geerts, M.J. Kroeze en A.C.W. Pijs, Het recht van enquête empirisch onderzocht, Instituut voor Ondernemingsrecht, februari 2009

Delfos-Roy, 1997

Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, Informatieverstrekking en informatievergaring in het kader van de toezichthoudende en raadgevende taak van de Raad van Commissarissen, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 56, Kluwer 1997

Dorssemont en Jaspers 1999

F. Dorssemont en A.P.C.M. Jaspers, De “affaire Renault”: een les voor later of een storm in de Europese vijver?!, Sociaal Recht 1999, pag. 155-162

Dorssemont 2004

F. Dorssemont, Horizontale informatieplicht moederonderneming bij oprichting van de EOR. Probeer eerste eens bij de dochter: haar hemd is soms nader dan moeders rok! Arbeidsrechtelijke Annotaties 2004/3

Duk 1990

R.A.A. Duk, Het afwegen van appels en peren; inhoudelijke toetsing in de rechtspraak ex art. 26 WOR van ondernemersbesluiten, SMA 1990, p. 129-136

Duk 2000a

R.A.A. Duk, Besluiten zijn besluiten, of niet? in: A.F.J.A. Leijten e.a., Conflicten rondom de rechtspersoon, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 62, Kluwer 2000

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Duk 2000b

R.A.A. Duk, Zijn het advies- en beroepsrecht van de artikelen 25 en 26 WOR millenium-proof?, in: C.J. Loonstra (red.), *De onderneming en het arbeidsrecht in de 21^e eeuw, liber amicorum voor prof. mr. F. Koning*, Boom 2000

Duk 2002

R.A.A. Duk, WOR en internationale (on)toerekeningsvatbaarheid, in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2001-2002*, Serie vanwege het van der Heijden Instituut deel 68, Kluwer 2002

Duk 2004a

R.A.A. Duk, Evalueren, of eerst nog even nadenken?, *Sociaal Recht* 2004, 81

Duk 2004b

R.A.A. Duk, Van WOR naar WMW: Eenvoudiger en toegankelijker?, *Ondernemingsrecht* 2004, 17

Duk 2005

R.A.A. Duk, Van hetzelfde laken een pak, maar past het? Het advies- en beroepsrecht en het instemmingsrecht ingevolge de Wet op de ondernemingsraden en het voorstel voor de Wet medezeggenschap werknemers, *Sociaal Maandblad Arbeid* 2005-5

Duk 2006

R.A.A. Duk, Medezeggenschap en flexibiliteit, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2005-2006*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 87, Kluwer 2006

Duk 2008

R.A.A. Duk, De zachte kern van het medezeggenschapsrecht, in: A.T.J.M. Jacobs en F.J.L. Pennings (red.), *Een inspirerende Fase in het sociaal recht*, Paris 2008

Duk 2010a

R.A.A. Duk, De toekomst van de medezeggenschap, *TRA* 2010, 1

Duk 2010b

R.A.A. Duk, Welke toekomst heeft de medezeggenschap? *TRA* 2010, 2

Duk 2010c

R.A.A. Duk, Nogmaals vorm en inhoud: 'the house that Huub built', in: K.M. van Hassel en M.P. Nieuwe Weme (red.), Willems' wegen, Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 102, Kluwer 2010

Dumoulin 1999

S.H.M.A. Dumoulin, Besluitvorming in rechtspersonen, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 31, Kluwer 1999

Dumoulin 2005

S.H.M.A. Dumoulin, De positie van niet-uitvoerende bestuurders in het monistische bestuursmodel, Ondernemingsrecht 2005, 91

Van Duuren 2006

T.P. van Duuren, De structuur en organisatie van de flexibele BV, in: T.P. van Duuren e.a., De vereenvoudigde BV, preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht', Kluwer 2006

Van Ees e.a. 2007

H. van Ees, R. Goodijk en A. van Witteloostuijn, Verliest de medezeggenschap aansluiting? Onderzoek naar de medezeggenschapsstructuren in hedendaagse ondernemingen, juni 2007

Engelen en Kemper 2006

M. Engelen en R. Kemper, Naleving van de Wet op de ondernemingsraden, stand van zaken 2005, januari 2006, nr. 359

Even en Filippo 2011

J.H. Even en B. Filippo, Collectief ontslag niet meer omzeild, Arbeidsrechtelijke Annotaties 2011 (10) 2

Fase 1983

W.J.P.M. Fase, Medezeggenschap en collectieve actie van werknemers, in: Arbeid in kort geding, Kluwer 1983, p. 13

Favaro e.a. 2010

K. Favaro, P. Karlsson en G.L. Neilson, CEO Succession 2000-2009; a decade of convergence and compression, Booz & Co 2010

Fokkema e.a. 2010

E. Fokkema e.a., Duurzaam aandeelhouderschap voor werknemers, Stichting Nederlands Participatie Instituut 2010

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Van Gernerden 2006

Y. van Gernerden, De medezeggenschap in 2005: three easy pieces?, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2005-2006, serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 87, Kluwer 2006

Geerts 2004

P.G.F.A. Geerts, Enkele formele aspecten van het enquêterecht, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 46, Kluwer 2004

Gerlach en Van Broeckhuijsen 2012

V. Gerlach en M.P. van Broeckhuijsen, De gewijzigde Wet op de Europese ondernemingsraden: business as usual, *ArbeidsRecht* 2012/5

Ghemawat 2009

P. Ghemawat, *Strategy and the business landscape*, Pearson 2009

Ghemawat 2011

P. Ghemawat, *World 3.0: global prosperity and how to achieve it*, Harvard Business Review Press, 2011

Grapperhaus 2004

F.B.J. Grapperhaus, Pleidooi voor een gespecialiseerde voorzieningenrechter voor arbeidssaken, in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2003-2004, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 75, Kluwer 2004

Grapperhaus 2010a

F.B.J. Grapperhaus, Een rapport over verhouding bestuur, commissarissen en institutionele belegger: waar is de werknemer? *TRA* 2010, 1

Grapperhaus 2010b

F.B.J. Grapperhaus, Willems' wegwijzer in de WOR: enkele kanttekeningen bij het Akavan-arrest, in: K.M. van Hassel en M.P. Nieuwe Weme (red.), Willems' wegen, Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 102, Kluwer 2010

Grapperhaus 2011

F.B.J. Grapperhaus, Legitimatie, legitimatie, legitimatie. Over werkgevers, gele vakbonden en Kamerleden. *TRA* afl. 12 - december 2011

Grapperhaus 2013

F.B.J. Grapperhaus, Terug de polder in, Bert Bakker 2013

Van der Grinten 1953

W.C.L. van der Grinten, Het belang van de n.v., in: NV 30 (1952-1953), p. 85, mede te kennen uit: C.J.H. Jansen, S.C.J.J. Kortmann en G. van Solinge (red.), Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 77, Kluwer 2004.

Van der Grinten 1959

W.C.L. van der Grinten, Boekbespreking F.J.W. Löwensteyn, R.M. Themis 1061, mede te kennen uit: C.J.H. Jansen, S.C.J.J. Kortmann en G. van Solinge, Verspreide geschriften van W.C.L. van der Grinten, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 77, Kluwer 2004, p. 512

Van der Grinten 1982

W.C.L. van der Grinten, De inschakeling van de ondernemingsraad in de besluitvorming bij n.v. en b.v., in: J.M.M. Maeijer e.a., Ondernemingsraad en vennootschap, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 22, Kluwer 1982

Goodijk 2009

R. Goodijk, Medezeggenschap: een wereld te winnen; inclusief een onderzoek naar vernieuwingen in de medezeggenschap bij de leden van het MNO-overleg, januari 2009

Van Gijzen e.a. 2011

H. van Gijzen, J.E. Wigboldus, E. van Wijk, Invloed op toezicht; over governance en medezeggenschap, Nationaal Register 2011

Heerma van Voss 2005

G.J.J. Heerma van Voss, The Directive on European Works Councils in action, European Company Law, December 2005, issue 4

Heinsius 2004

J. Heinsius, Collectief ontslagrecht; enkele voorstellen betreffende een betere regelgeving, Boom Juridische Uitgevers 2004

Heinsius 2010

J. Heinsius, De complexiteit van het collectief ontslagrecht herbevestigd door Akavan/Fujitsu Siemens, met naschrift L.G. Verburg, Arbeidsrechtelijke Annotaties 2010 (9) 2

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Heinsius 2013

J. Heinsius, De Wet melding collectief ontslag, in: L.G. Verburg en W.A. Zondag (red.), Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie, Monografiën Sociaal Recht deel 31, Kluwer 2013

Henrichs 2000

E.J. Henrichs, Medezeggenschap bij pensioenfondsen: de positie van gepensioneerden, fondsbesturen en sociale partners nader bezien, Sociaal Recht 2000-11

Henrichs en Van Geen 2010

E.J. Henrichs en J.W. van Geen, Kroniek medezeggenschapsrecht 2009, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2009-2010, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 104, Kluwer 2010

Heuts 2011

P. Heuts (red.), Tegenmacht, Stichting FNV Pers 2011

Van der Heijden 1998

P.F. van der Heijden, WOR 1998, Sociaal Maandblad Arbeid 1998-5

Holtzer 2001

M. Holtzer, De enquêteprocedure en de behartiging van collectieve werknemersbelangen, Sociaal Maandblad Arbeid 2001/5

Holtzer 2002

M. Holtzer Rechtspraakoverzicht enquêterecht 2000 en 2001, in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2001-2202, Kluwer Deventer 2002

Holtzer 2003

M. Holtzer, Kroniek medezeggenschapsrecht 2002: nieuwe ontwikkelingen op onverwachte terreinen, in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2002-2003, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 72, Kluwer 2003

Holtzer 2004

De OR en de nieuwe structuurregeling: over belangrijke besluiten, beloning van bestuurders en de 'OR-commissaris', ArbeidsRecht 2004/12

Holtzer 2005

M. Holtzer, Het voorstel voor de Wet medezeggenschap werknemers: *you never get a second chance to make a first impression*, in: G. van Solinge, M. Holtzer en A.F.J.A. Leijten (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2004-2005, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 82, Kluwer 2005

Holtzer 2006

M. Holtzer, Misbruik van medezeggenschapsrecht, in: R.M. Beltzer e.a., De onderneming in beweging, Kluwer 2006

Holtzer 2007a

M. Holtzer, Doen alsof: de zaak ABN AMRO en de positie van de vakorganisaties, Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht 2007, 9.

Holtzer 2007b

M. Holtzer, De medezeggenschap van de belanghebbendenvertegenwoordiging in de maatschappelijke onderneming, Ondernemingsrecht 2007, 179

Holtzer 2009a

M. Holtzer, De structuurvennootschap en de one-tier board, in: M.J. Kroeze e.a., Bestuur en toezicht, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 67, Kluwer 2009

Holtzer 2009b

M. Holtzer, Onderbenutting van rechten door werknemers?, Ondernemingsrecht 2009/147

Holtzer 2010a

M. Holtzer, De raad van commissarissen in het medezeggenschapsrecht, in: K.M. van Hassel en M.P. Nieuwe Weme (red.), Willems' wegen, Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 102, Kluwer 2010

Holtzer 2010b

M. Holtzer, Het spreekrecht van de ondernemingsraad van de naamloze vennootschap bij belangrijke besluiten, Ondernemingsrecht 2010/144

Holtzer 2012

M. Holtzer, Stanpuntbepaling van werknemers over het bezoldigingsbeleid: *speak now or forever remain silent*, Tijdschrift Recht en Arbeid afl. 2 - februari 2012/15

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Honée 1981

H.J.M.N. Honée, Concernrecht en medezeggenschapsregelingen, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 21, Kluwer 1981

Honée 1982

H.J.M.N. Honée, De territoriale werking van de Wet op de ondernemingsraden, in: J.M.M. Maeijer e.a., Ondernemingsraad en vennootschap, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 22, Kluwer 1982

Honée 1986

H.J.M.N. Honée, Contacten tussen commissarissen en ondernemingsraad, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 26, Kluwer 1986

Huijgen e.a. 2007

F. Huijgen, E. Bruijn en J. Heijink, De bestuurder stuurt met de ondernemingsraad; succes en faalfactoren in de rol van de bestuurder bij het benutten van medezeggenschap in de besturing van de organisatie, juli 2007

Hijmans van den Bergh 2008

L.J. Hijmans van den Bergh, Corus: over een zieke moeder en een zelfstandige dochter, in: H. Beckman e.a., Ondernemingsrecht *voor en door* Mick den Boogert, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 62, Kluwer 2008

Ingelse 2012

P. Ingelse, Mede-ondernemen en concernenquête, Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming 2012, 1

Van den Ingh 2002

F.J.P. van den Ingh, De bevelsstructuur in de vennootschap, in: L. Timmerman e.a., Concernverhoudingen, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 69, Kluwer 2002

Van den Ingh 2006

F.J.P. van den Ingh, Toezicht op de concernleiding, in: 10 jaar JOR - alsnog geannoteerd, Sdu 2006

Jaspers 2004

A.P.C.M. Jaspers, Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor?, Reeks vereniging voor Arbeidsrecht nr. 33, Kluwer 2004

Jellinghaus 2004

S.F.H. Jellinghaus, Naar een nieuwe wet medezeggenschap werknemers!?, Arbeid Integraal 2004, p. 123

De Jongh 2007

J.M. de Jongh, Gij zult splitsen! Instructies van aandeelhouders in beursvennootschappen, Ondernemingsrecht 2007/11

De Jongh, Schild en Timmerman 2010

J.M. de Jongh, A.J.P. Schild en L. Timmerman, Naar maatschappelijke varianten van de rechtsvorm in Boek 2 BW, Preadvies Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2010, Kluwer 2010

Johnson e.a. 2008

G. Johnson, K. Scholes en R. Whittington, Exploring corporate strategy, Prentice Hall 2008

Josephus Jitta 2002

M.W. Josephus Jitta, Schuitje varen, theetje drinken, varen wij door het polderland; de uitbreiding van de bevoegdheden van de aandeelhoudersvergadering, Ondernemingsrecht 2002, 4

Josephus Jitta 2011

M.W. Josephus Jitta, Kroniek enquête-recht 2010, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje, Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2010-2011, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 110, Kluwer 2011

Van het Kaar 1995

R.H. van het Kaar, Ondernemingsraad en vertrouwenscommissaris, Sinzheimer cahiers nr. 9, Sdu 1995

Van het Kaar en Looise 1999

R.H. van het Kaar en J.C. Looise, De volwassen OR; resultaten van het grote OR-onderzoek, OR-Informatie/Samsom 1999

Van het Kaar 2003

R.H. van het Kaar, Enkele beschouwingen over medezeggenschap, naar aanleiding van het kabinetstandpunt en de SER-adviesaanvragen over de WOR, Sociaal Recht 2003, 79

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Van het Kaar 2005a

R.H. van het Kaar, De Nederlandse medezeggenschap in Europees perspectief, Sociaal Maandblad Arbeid 2005-5

Van het Kaar 2005b

R.H. van het Kaar, Enquêtebevoegdheid toegekend aan ondernemingsraad stichting, Sociaal recht 2005/40

Van het Kaar en Smit 2006

R.H. van het Kaar en E. Smit (red.), W. Buitelaar, R. Colard, M. van der Meer, J. Popma en F. Tros, Vier scenario's voor de toekomst van de medezeggenschap, juli 2006

Van het Kaar 2009

R.H. van het Kaar, Medezeggenschap en internationale holdings, Ondernemingsrecht 2009, 33

Kaemingk 2010

H.L. Kaemingk, Wanbeleid bij PCM: observaties bij de beschikking van de Ondernemingskamer, TOP nummer 7, november 2010

Karel 2009

J. Karel, Inzet en invloed van de OR; Medezeggenschapsmonitor 2008, GBIO Utrecht 2009

Kemna en Van de Loo 2009

A.G.Z. Kemna en E.L.H.M. van de Loo, Rol institutionele beleggers in relatie tot bestuur en commissarissen; een driehoeksverkenning, oktober 2009

Kemperink 2002

G.N.H. Kemperink, Fusies, overnames en medezeggenschapsrechten, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 39, Kluwer 2002

Kemperink 2003

G.N.H. Kemperink, Instemmings- en consultatierechten van de avo: le provisoire qui reste? in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2002-2003, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 72, Kluwer 2003

Kemperink e.a. 2006

G.N.H. Kemperink, P.A.M. Witteveen en H. Reumkens, Het ondergeschoven kind van de structuurregeling, Ondernemingsrecht 2006, 29

Kemperink 2013

G.N.H. Kemperink, Vennootschappelijk toezicht op de doelvennootschap bij openbare biedingen, Uitgave vanwege het instituut voor Ondernemingsrecht deel 92, Kluwer 2013

Kiechel 2010

W. Kiechel III, The lords of strategy: the secret intellectual history of the new corporate world, Harvard Business Press 2010

Klaassen 2007

A.G.H. Klaassen, Bevoegdheden van de algemene vergadering van aandeelhouders, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 60, Kluwer 2007

Kloosterboer 2007

D. Kloosterboer, Innovative union strategies, Stichting FNV Pers 2007

Koelemeijer 1999

M. Koelemeijer, Redelijkheid en billijkheid in kapitaalvennootschappen, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 33, Kluwer 1999

Van der Korst 2002

P.J. van der Korst, Bestuursautonomie, JOR plus 2002, p. 22

Kroeze 2004

M.J. Kroeze, Afgeleide schade en afgeleide actie, Kluwer 2004

Kroeze 2005

M.J. Kroeze, Onafhankelijkheid van commissarissen, Ondernemingsrecht 2005, 92

Kroeze 2008

M.J. Kroeze, Ondernemingsrecht en politiek: de SER als wegbereider, NJB 2008, 674, pag. 774-776

Kuyt-Fokkens 2009

M.A. Kuyt-Fokkens, Pensioen en medezeggenschap, ArbeidsRecht 2009/4

Laagland 2012

F.G. Laagland, Kroniek medezeggenschapsrecht 2011, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 20011-2012, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 112, Kluwer 2012

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Lamers 1997

J.J.M. Lamers, De Europese ondernemingsraad in bedrijf: Nederlandse wet en praktijk, in: R. Blanpain e.a., Medezeggenschap op Europees niveau, Reeks VvA 26, Kluwer 1997

Lamers 2008

J.J.M. Lamers, Europese ondernemingsraad: meer macht? Herziening EOR-Richtlijn in aantocht, Sociaal Recht 2008, p. 180-185

Lennarts 1999

M.L. Lennarts, Concernaansprakelijkheid, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 32, Kluwer 1999

Lennarts/Wezeman

M.L. Lennarts en J.B. Wezeman, Rechtspersonen (commentaar), Titel 4, afdeling 6

Lennarts 2005

M.L. Lennarts, Een nieuwe regeling van het instructierecht, Onderneming & Financiering 2005-65

Van Leeuwen 1990

B.H.A. van Leeuwen, Beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 10, Kluwer 1990

Looise en Drucker 2003

J.K. Looise en M. Drucker, Dutch Works councils in times of transition: the effects of changes in society, organizations and work on the position of works councils, Sage 2003

Loorbach 2006

J.D. Loorbach, Good governance in de zorgsector, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje, Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 87, Kluwer 2006

Löwensteyn 1959

F.J.W. Löwensteyn, Wezen en bevoegdheid van het bestuur van de vereniging en de naamloze vennootschap, G.U. Amsterdam, 1959

Maeijer 1964

J.M.M. Maeijer, Het belangenconflict in de naamloze vennootschap, Kluwer 1964, te kennen uit: C.D.J. Bulten, C.J.H. Jansen en G. van Solinge, Verspreide

geschriften van J.M.M. Maeijer, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 100, Kluwer 2009

Maeijer 1982

J.M.M. Maeijer, Het belangenconflict in de onderneming-vennootschap: rechtsmiddelen en jurisprudentie, in: J.M.M. Maeijer e.a., Ondernemingsraad en vennootschap, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 22, Kluwer 1982

Maeijer 1990

J.M.M. Maeijer, Bespreking van: M.N. Mendel, Het vennootschappelijk belang, in: R.M. Themis 1990, p. 465 e.v., mede te kennen uit: C.D.J. Bulten, C.J.H. Jansen en G. van Solinge (red.), Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 100, Kluwer 2009

Maeijer 2000

J.M.M. Maeijer, Deelrechtsorde, redelijkheid en billijkheid, en vennootschappelijk belang, in: A-T-D (Van Schilfgaarde-bundel), Kluwer 2000, p. 281

Manheim 2005

J.B. Manheim, Trends in union corporate campaigns; a briefing book. The US Chamber of Commerce 2005

Maris 1997

A.G. Maris, Stakingen tegen de overheid: civielrechtelijke, constitutioneelrechtelijke en historische beschouwingen, Tjeenk Willink 1997

Mendel 1989

M.M. Mendel, Het vennootschappelijk belang, mede in concernverband beschouwd, Kluwer 1989

Van Mierlo 2013

J.J.M. van Mierlo, Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 117, Kluwer 2013

Mintzberg 1994

H. Mintzberg, The rise and fall of strategic planning, Free Press New York, 1994

Mintzberg 2007

H. Mintzberg, Tracking strategies: toward a general theory, Oxford University Press 2007

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Mintzberg e.a. 2009

H. Mintzberg, B. Ahlstrand, J. Lampel, *Strategy safari: your complete guide through the wilds of strategic management*, Prentice Hall 2009

MNO 2012

Platform Multinationale Ondernemingsraden, *De OR als strategisch partner voor duurzame waardegroei*, 2012

De Mol van Otterloo 2010

H.M. de Mol van Otterloo, *Arbitrabiliteit van vennootschapsrechtelijke geschillen; het Groenselect-arrest*, Ondernemingsrecht 2010, 3

Mok 2004

M.R. Mok, *Het recht van enquête*, in: M.W. Josephus Jitta en M.R. Mok, *Het recht van enquête onderzocht*, Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 2004, Kluwer 2004

Nadler en Tushman 1997

D.A. Nadler and M.L. Tushman, *Competing by design: the power of organizational architecture*, Oxford University Press 1997

Neering 2009

V.M. Neering, *De intentiemelding voor aandeelhouders en de strategiemelding voor uitgevende instellingen*, Tijdschrift voor de Ondernemingspraktijk 2009-8

Nieuwe Weme 2002

M.P. Nieuwe Weme, *Het recht van instemming en consultatie van de ava; lessen uit HBG*, JOR plus 2002, p. 9

Nunes en Zwemmer 2011

E. Nunes en J.P.H. Zwemmer, *Kroniek medezeggenschapsrecht 2010*, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2010-2011*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 110, Kluwer 2011

De Nijs Bik 2004

W.W. de Nijs Bik, *De nieuwe structuurregeling*, Actualia Ondernemingsrecht deel 17, Kluwer 2004

De Nijs Bik 2009

W.W. de Nijs Bik, *De one-tier structuurboard*, Ondernemingsrecht 2009, 39

Peeters 1980

J.A.J. Peeters, Het recht op collectieve actie van werknemers, NJB 1980, p. 65

Van Peijpe 2002

T. van Peijpe, De naakte waarheid van een uitgekilde richtlijn, SMA april 2002, nr. 4

Peters 2006

S.S.M. Peters, Verdund sociaal recht; onderscheid naar ondernemingsomvang bij medezeggenschap, ziekte en ontslag, Monografieën Sociaal Recht deel 38, Kluwer 2006

Van der Ploeg 2008

T.J. van der Ploeg, De juridische inkadering van de 'maatschappelijke onderneming', in: J.G. Sijmons e.a., Maatschappelijk ondernemen in het bijzonder in de zorg, Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 2008, Kluwer 2008, p. 103

Porter 2008

M.E. Porter, On competition, Harvard Business Review 2008

Roest 1996

J. Roest, Medezeggenschap van werknemers bij financieel-economische besluiten, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 48, Kluwer 1996

Rood/Verburg

M.G. Rood en L.G. Verburg, Wet op de ondernemingsraden, Kluwer 2013

Sanders 1995

P. Sanders, De Europese Vennootschap en de Europese ondernemingsraad, TVVS 1995, 32

Van Schilfgaarde 1982

P. van Schilfgaarde, Ondernemingsraad en vennootschap, De Naamlouze Vennootschap 1982 60/7-8, p. 135

Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman 2013

P. van Schilfgaarde, J. Winter en J.B. Wezeman, Van de BV en de NV, Kluwer 2013

Schoordijk 2009

H.C.F. Schoordijk, Gebruik en misbruik van private equity, NJB 2009, afl. 6, p. 358

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Schuit 2010

S.R. Schuit, The chairman makes or breaks the board; de rol van de Chairman van Nederlandse beursgenoteerde ondernemingen, Nyenrode Business Universiteit 2010

Schut 1996

L.A.J. Schut, Internationale normen in het Nederlandse stakingsrecht, Sdu 1996

Schwartz 1996

P. Schwartz, The art of the long view: paths to strategic insight for yourself and your company, Currency Doubleday 1996

Schwarz 2006

K. Schwarz, Invoering van het structuurregime met de mogelijkheid om daarbij af te wijken van het wettelijk voorziene model, Ondernemingsrecht 2006, 135

Schijf 2008

S. Schijf, De SER-Fusiegedragsregels 2000 anno 2008: de beslissingen van de Geschillencommissie, ArbeidsRecht 2008/10

Senge 1990

P.M. Senge, The Fifth Discipline: the art and practice of the learning organization, Doubleday 1990

Slagter 1981

W.J. Slagter, De Nederlandse ondernemingsraad en de buitenlandse zuster- of moederonderneming, in: M. Mulder e.a. (red.), De ondernemingsraad en het buitenland, Stenfert Kroese 1981

Slagter 1994

W.J. Slagter, De Europese ondernemingsraad, TVVS 1994 nr. 94/8

Van Slooten 1999

J.M. van Slooten, Arbeid en loon, Monografieën Sociaal Recht deel 17, Kluwer 1999

Van Slooten 2005

J.M. van Slooten, Loonmatiging aan de top: mogelijkheden en beperkingen, in: G. van Solinge, M. Holtzer en A.F. J. A. Leijten (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2004-2005, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 82, Kluwer 2005

Van Slooten 2007

J.M. van Slooten, De teloorgang van een vakbondsrecht, *Ondernemingsrecht* 2007/142

Van Solinge 1984

A.G. van Solinge, Instructiebevoegdheid in concernverhoudingen, in: *Goed en trouw* (Van der Grinten-bundel), Tjeenk Willink 1984, p. 255

Van Solinge 2012

G. van Solinge, Nederlands enquêterecht in internationale concernverhoudingen: *Bermuda Block of China connection?*, *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2012, 3/4

Soerjatin 2010

E.M. Soerjatin, Governance in de zorgsector en de rol van de Ondernemingskamer, in: *Willems' wegen*, Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 102, Kluwer 2010

Sprengers 1998

L.C.J. Sprengers, Wijziging art. 24 WOR: wordt de ondernemingsraad nu daadwerkelijk een denktank van de ondernemer?, *Sociaal Recht* 1998-12

Sprengers 1999

L.C.J. Sprengers, De Wet op de ondernemingsraden bij de overheid, *Monografiën Sociaal Recht* deel 12, Kluwer 1999

Sprengers 2003a

L.C.J. Sprengers, Kabinetstandpunt evaluatie WOR: mag het ook minder?, *Sociaal Recht* 2003, 4.

Sprengers 2003b

L.C.J. Sprengers, Mag het iets minder, of moet er meer?, *Sociaal Recht* 2003, 80

Sprengers en Van Leeuwen 2004

L.C.J. Sprengers en M. van Leeuwen-Scheltema, WMW: Waarom Moet WOR Weg? Het wetsvoorstel Wet Medezeggenschap Werknemers kritisch beschouwd, *Sociaal Recht* 2004/89

Sprengers 2004

L.C.J. Sprengers, Ondernemingsraad en toezichthouders, in: L. Timmerman e.a., *De werknemer in het ondernemingsrecht*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 76, Kluwer 2004

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Sprengers 2005

L.C.J. Sprengers, Medezeggenschapstructuur en primaat van de politiek. Twee onderwerpen uit de WMW nader belicht, Sociaal Maandblad Arbeid 2005-5

Sprengers 2008

L.C.J. Sprengers, Enige tegenwind voor de westenwind? Sociaal Maandblad Arbeid 2008-6

Sprengers 2009

L.C.J. Sprengers, Veni, vidi, foetsie, in: M.S. Houwerzijl en S.S.M. Peters (red.), Exit: Onderneming, werknemer en het einde van de dienstbetrekking, Serie Onderneming en Recht deel 50, Kluwer 2009

Sprengers 2011

L.C.J. Sprengers, Vereenzelvigen met Duk, in: S.F. Sagel (red.), Vrienden door Duk en dun, Opstellen aangeboden aan mr. R.A.A. Duk, Kluwer 2011

Van der Staay 2007

J.W. van der Staay, Aandeelhoudersactivisme: op zoek naar een nieuw evenwicht?, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2006-2007, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 93, Kluwer 2007

Van der Stege 2005

R. van der Stege, Beloning bestuurders, in: G. van Solinge, M. Holtzer en A.F. J. A. Leijten (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2004-2005, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 82, Kluwer 2005

Stacey 2007

R.D. Stacey, Strategic management and organisational dynamics; the challenge of complexity, Prentice Hall 2007

Stoop e.a. 2008

S. Stoop, B. Berentsen, J. Snel, M. van der Coelen en F. Tros, De Europese ondernemingsraad en de Nederlandse medezeggenschap, december 2008

Stoop e.a. 2011

S. Stoop, M. van der Coelen, P. Molenaar en J. Snel, De Europese ondernemingsraad; een handboek voor de praktijk, Kluwer 2011

Storm 2008

P. Storm, Kroniek enquête-recht 2007, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2007-2008, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 97, Kluwer 2008

Strik 2007

D.A.M.H.W. Strik, To play or to be in play, *Ondernemingsrecht* 2007, 6

Strik 2009

D.A.M.H.W. Strik, Aansprakelijkheid voor falend risicomanagement, in: B.F. Assink en D.A.M.H.W. Strik, *Ondernemingsbestuur en risicobeheersing op de drempel van een nieuw decennium: een ondernemingsrechtelijke analyse*, Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht', Kluwer 2009

Strik 2010

D.A.M.H.W. Strik, Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid; een maatpak voor de Board Room, Kluwer 2010

Sijnja 2010

H.A. Sijnja, Wetsvoorstel corporate governance: meldingsplicht van aandeelhouders met betrekking tot de strategie, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje, Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2009-2010, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 104, Kluwer 2010

Teulings 1981

A. Teulings, *Ondernemingsraadpolitiek in Nederland; een onderzoek naar de omgang van macht en conflict door de ondernemingsraad*, Van Gennep 1981

Timmerman 1988

L. Timmerman, Over multinationale ondernemingen en medezeggenschap; een ondernemingsrechtelijke studie, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 4, Kluwer 1988

Timmerman 2001

L. Timmerman, Instructierecht, *Ondernemingsrecht* 2001, 16

Timmerman 2002

L. Timmerman, Bescherming en de HBG-beschikking, *Ondernemingsrecht* 2002, 12

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Timmerman 2004

L. Timmerman, Waarom dient de structuurregeling in de een of andere vorm te worden gehandhaafd? in: L. Timmerman e.a., De werknemer in het ondernemingsrecht, Serie vanwege het van der Heijden Instituut deel 76, Kluwer 2004, p. 1

Timmerman 2009

L. Timmerman, De two tier commissaris vergeleken met de one tier niet-uitvoerende bestuurder, in: M.J. Kroeze e.a., Bestuur en toezicht, Uitgave vanwege het instituut voor Ondernemingsrecht 2009 deel 67, Kluwer 2009

Traas 2010

L. Traas, Marginale toetsing, bedrijfseconomische normen en het rapport van onderzoekers in de enquêteprocedure, in: K.M. van Hassel en M.P. Nieuwe Weme (red.), Willems' wegen, Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 102, Kluwer 2010

Uniken Venema 1969

A.E. Uniken Venema, Concernrecht, in: Op de grenzen van komend recht (Beekhuis-bundel), Kluwer 1969, p. 265

Veenstra 2010

F. Veenstra, Impassezaken en verantwoordelijkheden binnen het enquêterecht, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 69, Kluwer 2010

Verbrugh en Timmerman 2009

M.A. Verbrugh en L. Timmerman, Het Nederlandse enquêterecht in een internationaliserend vennootschapsrecht, Ondernemingsrecht 2009, 35

Verburg 1998

L.G. Verburg, Nedlin, de WOR en het SER-besluit Fusiegedragsregels, Arbeids-Recht 1998/4

Verburg 2005

L.G. Verburg, WOR of WMW: er is nog het nodige (over) te doen, Sociaal Maandblad Arbeid 2005-5

Verburg 2007

L.G. Verburg, Het territoire van de (Nederlandse) ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven, Kluwer 2007

Verburg 2007a

L.G. Verburg, De Europese ondernemingsraad: driemaal in de rechtszaal gesignaleerd! Arbeidsrechtelijke Annotaties 2007-2

Verburg 2008

L.G. Verburg, De koers van de bestuurder: over recht, arbeid en medezeggenschap, Serie Onderneming en Recht deel 45, Kluwer 2008

Verburg 2009a

L.G. Verburg, De OK, de medezeggenschap en de periode 2007 tot en met 2008, ArbeidsRecht 2009/5

Verburg 2009b

L.G. Verburg, Kroniek medezeggenschapsrecht 2008, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2008-2009, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 99, Kluwer 2009

Verburg 2009c

L.G. Verburg, De herschikking van de EOR-Richtlijn, Tijdschrift Recht en Arbeid afl. 5 - mei 2009

Verburg 2010a

L.G. Verburg, Het Nederlands ontslagrecht en het BBA-carcinoom, Serie Onderneming en Recht deel 59, Kluwer 2010

Verburg 2010b

L.G. Verburg, Het moment van de raadpleging van werknemersvertegenwoordigers op grond van de richtlijn collectief ontslag, Arbeidsrechtelijke Annotaties 2010-1

Visee en Mevissen 2009

H.C. Visee en J.W.M. Mevissen, Naleving van de Wet op de ondernemingsraden, stand van zaken 2008, 17 juni 2009, nr. 1816

Vletter-van Dort 2009

H.M. Vletter-van Dort, Toezichthouder versus toezichthouder, in: M.J. Kroeze e.a., Bestuur en toezicht, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 67, Kluwer 2009

Van Vliet 1980

M.J. van Vliet, De informatieverstrekking aan de ondernemingsraad, VUGA 1980

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

Van Vlijmen 2008

J.F. van Vlijmen, De teloorgang van factor arbeid in het ondernemingsrecht, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2007-2008*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 97, Kluwer 2008

Vroom 2010

E.E.U. Vroom, Kroniek enquêterecht 2009, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2009-2010*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 104, Kluwer 2010

Waas 2005

B. Waas, The European Court of Justice and Directive 94/45/EC on the establishment of European Works Councils, *European Company Law*, December 2005, issue 4

Wakkie 2002

P.N. Wakkie, De positie van commissarissen onder het nieuwe model van de structuurregeling, *Ondernemingsrecht* 2002, 4

Wakkie 2010

P.N. Wakkie, De strategie van de Ondernemingskamer, in: K.M. van Hassel en M.P. Nieuwe Weme (red.), *Willems' wegen*, Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 102, Kluwer 2010

Wezeman 2009a

J.B. Wezeman, De toezichthoudende rol van commissarissen en 'auditcommissies', *Tijdschrift voor Jaarrekeningrecht* 2009-4

Wezeman 2009b

J.B. Wezeman, Persoonlijke aansprakelijkheid van uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders, in: M.J. Kroeze e.a., *Bestuur en toezicht*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 67, Kluwer 2009

Van Wijk 2009

J.W.H. van Wijk, Kroniek enquêterecht 2008, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2008-2009*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 99, Kluwer 2009

Willems 2000a

J.H.M. Willems, Vorm en inhoud: enige opmerkingen over de medezeggenschap in de rechtspraak van de Ondernemingskamer, *ArbeidsRecht* 2000/3, 15

Willems 2000b

J.H.M. Willems, C'est le provisoire qui reste: over voorzieningen in het enquêterecht, in: A-T-D, Opstellen aangeboden aan prof. mr. P. Van Schilf-gaarde, Kluwer 2000

Willems 2004

J.H.M. Willems, Aspecten van class action en public interest litigation in de enquêtetprocedure, in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2003-2004, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 75, Kluwer 2004

Willems 2010a

J.H.M. Willems, Aandeelhoudersactivisme in Nederland: Troje revisited, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje, Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2009-2010, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 104, Kluwer 2010

Willems 2010b

J.H.M. Willems, Het enquêterecht in de revisie, in: G. van Solinge e.a., Geschillen in de vennootschap, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 105, Kluwer 2010

Willems 2011a

J.H.M. Willems, Van Groeningen naar Groningen: over litigation en legislation, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje, Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2010-2011, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 110, Kluwer 2011

Willems 2011b

J.H.M. Willems, 'Hoofdelijkheid en vertegenwoordiging' in het medezeggenschapsrecht, in: S.F. Sagel, Vrienden door Duk en dun, Opstellen aangeboden aan mr. R.A.A. Duk, Kluwer 2011

Winter 1992

J.W. Winter, Concernfinanciering, Uitgave vanwege het instituut voor Ondernemingsrecht deel 15, Kluwer 1992

Winters en Ploeger 2007

B. Winters en P.N. Ploeger, Kroniek enquêterecht, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2006-2007, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 93, Kluwer 2007

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR

De Wit & Meyer 2004

B. de Wit and R. Meyer, *Strategy: process, content, context – an international perspective*, Thomson 2004

Wigboldus e.a. 2008

J.E. Wigboldus, J.K. Looise, A. Nijhof, Understanding the effects of works councils on organizational performance; a theoretical model and results from initial case studies from the Netherlands, *Management Review*, 19(4) 2008

Wigboldus 2011

J.E. Wigboldus, *Bron van meerwaarde; de economische effecten van de ondernemingsraad*, Van Gorkum 2011

Witteveen 2000

P.A.M. Witteveen, Focus op de fusiecode (1) en (2), *ArbeidsRecht* 2000/3 en 2000/5

Witteveen 2003

P.A.M. Witteveen, Het wetsvoorstel structuurregeling en de positie van de ondernemingsraad (met naschrift), in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 72, Kluwer 2003

Witteveen 2006

P.A.M. Witteveen, Kroniek medezeggenschapsrecht 2006, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2006-2007*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 93, Kluwer 2007

Witteveen 2008a

P.A.M. Witteveen, De SER, de medezeggenschap en evenwichtig ondernemingsbestuur, *Ondernemingsrecht* 2008, 64

Witteveen 2008b

P.A.M. Witteveen, Medezeggenschap en openbare biedingen: een paar apart, in: M.P. Nieuwe Weme e.a., G. van Solinge, R.P. ten Have, L.J. Hijmans van den Bergh (red.), *Handboek openbaar bod*, Serie Onderneming en Recht deel 46, Kluwer 2008

Van Wijk 2009

J.W.H. van Wijk, Kroniek enquête-recht 2008, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2008-2008*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 99, Kluwer 2009

VERKORT AANGEHAALDE LITERATUUR


Zaal 2009

I. Zaal, De OR en het enquêterecht; van SKON tot AHAM, Arbeidsrechtelijke Annotaties 2009/1

Zwemmer 2012

J.P.H. Zwemmer, Pluraliteit van werkgeverschap, Kluwer 2012

Trefwoordenregister

Aandeelhoudersmodel	2:5, 7:1
Aansprakelijkheid	6:3.3
Actieve participatie	4:3.4.1
Adviesrecht	3:2.3
Afzijdigheidsmodel	7:2
Belang van de vennootschap	2:5
Belangengeschillen	6:1, 6:3
Beleidsvoornemens	3:2.1, 2:4
Beroepsrecht	3:2.3, 4:2.4.2, 4:3.4.2, 4:4.4.2
Bestuur(der)	1:3, 2:6
Buitenlandclausule	3:2.1, 4:3.2
Buitencommunautaire groep	5:2.2
Buitenlandse Europese ondernemingsraad	5:2.2, 5:4.4
Centrale ondernemingsraad	1:3
Coalitiemodel	7:2
Collectieve actie	6:3.1
Conflictmodel	7:2
Commissaris, zie raad van commissarissen	
Communautaire onderneming of groep	5:2.2
Concernenquête	3:3.2, 6:2.2
Concrete besluiten	2:4
Convenant	4:3.2, 7:3
Corporate campaigns	6:3.2
Corporate Governance Code	1:1
 Interviewvrijstelling	3:4.4


TREFWOORDENREGISTER

Enquêterecht	3:3, 4:2.4.1, 4:3.4.1, 4:4.4.1
Emergent strategy	2:3
Europees herstructureringsplan	5:4.2
Europese ondernemingsraad	1:5, 5, 7:4
Europese ondernemingsovereenkomst	5:3.1
Extraterritoriale werking	3:2, 4:3.2
Fictieve hoofdbestuur	5:2.3
Flex-bv	2:8
Fusiecode	6:2.4
Gedelegeerde commissaris	2:7
Groepsondernemingsraad	1:3
Hoofdbestuur	5:2
Holdingvrijstelling	3:4.4
Implementatie	2:2
Informatierecht	3:2.1
Informatievoorziening	4:2.2, 4:3.2, 4:4.2
Informatie en raadpleging	5:3, 5:4
Instructiebevoegdheid	2:6, 2:8
Intentieverklaring	4:2.4.2
Investerings	3:2.1
Irrationale besluitvorming	2:3
Joint-venturevrijstelling	3:4.4
Maatschappelijke opvattingen	1:6, 7:1
Materiële medezeggenschap	1:4
Medeondernemerschap	4:2.4.2, 4:3.4.2; 4:4.4.2
Motiveringsbeginsel	4:2.4.2

TREFWOORDENREGISTER

Nederlandconstructie	3:4.5, 4:3.4.3
Nederlandse Europese ondernemingsraad	5:2.2, 5:4.4
Niet-uitvoerende bestuurders	2:7, 3:2.1, 7:3
Nuttig effect richtlijn	5:2.1
One-tierbestuur	2:7
One-and-a-half-tiersysteem	3:2.1
One-tierstructuurvennootschap	4:2.4.3
Ondernemer	1:3
Onderneming	1:3
Ondernemingsrechtelijke medezeggenschap, zie materiële medezeggenschap	
Ondernemingsovereenkomst, zie convenant	
Organizing	6:3.2
Operationeel ontwerp	2:2
Opschortende voorwaarde	4:2.4.2
Overleg	3:2.2, 4:2.3, 4:3.3, 4:4.3
PCM-zaak	6:2.1
Preliminaire analyse	2:2
Prospectieve informatie	3:2.1
Raad van commissarissen	2:7, 3:2.2, 4:2.3, 7:3
Rapport-Verdam	3:1
Rechtsgeschillen	6:1, 6:2
Retrospectieve informatie	3:2.1, 4:2.2
Ruime procesbevoegdheden vakorganisaties	6:2.2
SER-Advies Evenwichtig ondernemingsbestuur	1:1.1, 7.1
SER-Fusiegedragsregels, zie fusiecode	
Semiglobalization	4:3
Signing protocol	4:2.4.2
Spreekrecht, zie standpuntbepalingsrecht	
Stakeholdermodel	2:5
Standpuntbepalingsrecht	4:2.2, 4:4.2

TREFWOORDENREGISTER

Strategisch beleid	2:1, 2:4
Strategisch ontwerp	2:2
Strategisch plan, recht werknemers op inzage?	4:3.4.2, 4:4.4.1
Strategische besluiten	2:4
Strategische keuze	4:4.4.2
Structurele medezeggenschap	1:4
Structuurregeling	3:4, 4:2.4.3, 4:3.4.3, 4:4.4.3
Subsidiaire voorschriften	5:3.1
Taakstelling ondernemingsraad	3:2
Toerekening	4:2.4.2
Tijdstip adviesaanvraag	4:2.4.2
Vereenzelviging	4:2.4.2
Verlicht regime	3:4.5
Vervangingsregeling commissarissen	3:2.2, 7:3
Vennootschap	1:3
Vennootschappelijke medezeggenschap, zie structurele medezeggenschap	
Voeging als belanghebbende	4:3.4.1
Voorgenomen besluiten	2:4
Voorzienbare ontwikkelingen	3:2.1
Vrijstellingen structuurregime	3:4.4
Waarschuwingsfunctie enquête	6:2.2
Werknemersbegrip	1:3
Wet medezeggenschap werknemers	3:2.5, 7:1
Wet melding collectief ontslag	
Interdisciplinair ontwerp-zaak	6:2.2
Zorgvuldigheidsbeginsel	4:2.4.2

Verantwoording

Dit onderzoek is afgesloten op 1 oktober 2013. Ontwikkelingen en publicaties van na deze datum zijn niet verwerkt.

Bij een aantal van de in dit onderzoek behandelde uitspraken ben ik als advocaat betrokken geweest. Het betreft de volgende zaken:

Sherpa (hoofdstuk 1, nr. 3), Stork (hoofdstuk 2, nr. 7 en hoofdstuk 4, nr. 2.4.3 en 4.3.4.1), ASMI (hoofdstuk 2, nr. 7 en 8, hoofdstuk 4, nr. 4.4.1.), Laurus (hoofdstuk 2, nr. 7 en 8), AHAM (hoofdstuk 4, nr. 2.4.1), Smit Transformatoren (hoofdstuk 4, nr. 2.4.1 en nr. 2.4.3), Pharming (hoofdstuk 4, nr. 2.4.2), FNV Ledenservice II (hoofdstuk 4, nr. 2.4.2), Almatris (hoofdstuk 4, nr. 3.4.1), VLM II (hoofdstuk 4, nr. 4.4.2) en Global One/France Télécom (hoofdstuk 5, nr. 5).

Bij de bespreking hiervan heb ik mij beperkt tot de feiten en rechtsoordelen zoals die uit de uitspraken blijken en tot commentaren van anderen.

Mijn dank gaat uit naar mijn promotoren Vito Timmerman en Huub Willems. Hun hulp is voor dit onderzoek van onschatbare waarde geweest. Voorts dank ik DLA Piper voor de geboden steun. In Porter's holistische omschrijving van een goede strategie (hoofdstuk 2, nr. 1) vond ik het adagium van mijn organisatie terug: *everything matters*. Ferdinand Grapperhaus en Ronald Beltzer hebben mij, elk op geheel eigen wijze, een zet in de goede richting gegeven. Tot slot, maar zeker niet in de laatste plaats, dank ik mijn vrouw Angeli en mijn kinderen Daiana en Robenson; zonder hen was dit alles niet mogelijk geweest.

Curriculum vitae

Marnix Holtzer (1967) is advocaat bij de DLA Piper te Amsterdam, waar hij hoofd is van de praktijkgroep Arbeidsrecht. Hij houdt zich voornamelijk bezig met medezeggenschap, strategisch arbeidsrecht, enquêtegeschillen en bestuurdersaansprakelijkheid. Hij is voorzitter van de Vereniging *Corporate Litigation*, vaste annotator van het tijdschrift *Jurisprudentie Ondernemingsrecht* (JOR) en redacteur van het Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming (TAO), *Actuele Rechtspraak Ondernemingspraktijk* (ARO) en de *Geschriften* vanwege de Vereniging *Corporate Litigation*.

UITGAVEN VANWEGE HET INSTITUUT VOOR ONDERNEMINGSRECHT,
RIJKSUNIVERSITEIT GRONINGEN EN ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

1. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. W.J. Slagter, mr. R.A.A. Duk, prof. mr. C.W.A. Timmermans, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, *Geschillen in de onderneming*, 1984.
2. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. P.J. Dortmond, mr. P.C. van den Hoek, mr. H.L.J. Roelvink, prof. mr. H.J.M.N. Honée, *De nieuwe misbruikwetgeving*, 1986.
3. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen*, 1986.
4. Mr. L. Timmerman, *Over multinationale ondernemingen en medezeggenschap van werknemers*, 1988.
5. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. M.W. den Boogert, prof. mr. M.R. Mok, prof. mr. E. Aardema, *Aandelen*, 1988.
6. Mr. S.M. Bartman, *Concernbeleid en aansprakelijkheid*, 1989.
7. Mr. J.B. Huizink, *Bestuurders van rechtspersonen*, 1989.
8. Mr. A.F.M. Dorresteyn, *Tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen*, 1989.
9. Prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. P.J. Dortmond, prof. mr. C.A. Boukema, mr. H.J.M.N. Honée, mr. H.L.J. Roelvink, mr. A.L. Mohr, prof. mr. P. van Schilfgaarde, *Piercing Van Schilfgaarde*, 1990.
10. Mr. B.H.A. van Leeuwen, *Beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur*, 1990.
11. Prof. mr. W.J. Slagter, mr. Karin C. Th. Schouwenberg, mr. A.G. van Solinge, mr. A.L. Mohr, prof. dr. L.G.M. Stevens, mr. A.J.S.M. Tervoort, mr. M.E. Koppenol-Laforce, *Aspecten van het EESV*, 1990.
12. Mr. J.N. Schutte-Veenstra, *Harmonisatie van het kapitaalbeschermingsrecht in de EEG*, 1991.
13. Mr. B.T.M. Steins Bisschop, *De beperkte houdbaarheid van beschermingsmaatregelen bij beursvennootschappen*, 1991.
14. Prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. H.J.M.N. Honée, mr. S.E. Eisma, prof. dr. H.P. Westermann, mr. M.W. den Boogert, mr. P.C. van den Hoek, prof. mr. P.F. van der Heijden, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, *Ondernemingsrechtelijke contracten*, 1991.
15. Mr. J.W. Winter, *Concernfinanciering*, 1992.
16. Prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. S.E. Eisma, prof. G.K. Morse, mr. L.H. Slijkhuis, prof. mr. A.L. Mohr en mr. T. Drion, *De dubbelrol in het vennootschapsrecht*, 1993.
17. Dr. R.H. van het Kaar, *Medezeggenschap bij fusie en ontvlechting*, 1993.
18. Mr. J.W. Winter, mr. drs. H. Langman, prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers, mr. H.J.M.N. Honée, *Beschouwingen over concernfinanciering*, 1993.
19. Mr. J.M. Blanco Fernández, *De raad van commissarissen bij nv en bv*, 1993.
20. Mr. G.M. ter Huurne, *Nieuwe regels voor de levering van aandelen op naam*, 1994.
21. Mr. H.M. Vletter-van Dort, *Meldingsplicht voor beursvennootschappen*, 1994.
22. Mr. R.C. van Dongen, *Identificatie in het rechtspersonenrecht*, 1995.
23. Mr. M.Y. Nethe, *De ontbinding van lege besloten en naamloze vennootschappen*, 1995.
24. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. P.J. Dortmond, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. P.C. van den Hoek, mr. D.C. Buijs, prof. mr. drs. H.P.J. Ophof, prof. mr. drs. H. Beckman en mr. J.W. Winter, *Knelpunten in de vennootschapswetgeving*, 1995.

25. Prof. mr. H. Beckman, De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen, 1995.
26. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. W.D.H. Asser, mr. J.B. Huizink, mr. O.L.O. deWitt Wijnen, mr. M.W. den Boogert, prof. mr. drs. H. Beckman, Rechtspleging in het ondernemingsrecht, 1997.
27. Mr. W.J. Oostwouder, Management Buy-out, 1996.
28. Mr. H.E. Boschma, De eenpersoons-bv, 1997.
29. Mr. J.B. Wezeman, Aansprakelijkheid van bestuurders, 1998.
30. Prof. mr. P.C. van den Hoek, prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. M.W. den Boogert, prof. dr. E. Wymeersch, mr. J.W. Winter, prof. mr. L. Timmerman, mr. J.B. Huizink, Corporate Governance vòòr juristen, 1998.
31. Mr. S.H.M.A. Dumoulin, Besluitvorming in rechtspersonen, 1999.
32. Mr. M.L. Lennarts, Concernaansprakelijkheid, 1999.
33. Mr. M. Koelemeijer, Redelijkheid en billijkheid in kapitaalvennootschappen, 1999.
34. Mr. E.E.G. Gepken-Jager, Vertegenwoordiging bij NV en BV, 2000.
35. Peter van Schilfgaarde Select, 2000.
36. Prof. mr. J.W. Winter, mr. J.-W.G. Vink, mr. A.W.H. Docters van Leeuwen, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. M.W. den Boogert, prof. mr. S.E. Eisma, prof. mr. S. Perrick, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. L. Timmerman, De beursvennootschap, 2001.
37. Mr. H.M. Vletter-van Dort, Gelijke behandeling van beleggers bij informatieverstrekking, 2001.
38. Mr. Th. Groenewald, Doeloverschrijding bij NV en BV, 2001.
39. Mr. G.N.H. Kemperink, Fusies, overnames en medezeggenschapsrechten, 2002.
40. Mr. L.J. Hijmans van den Bergh, prof. mr. Gerard van Solinge, mr. T. de Waard, prof. mr. J.W. Winter, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. H.J. de Kluiver, prof. mr. P.J. Dortmond, mr. J.N. Schutte-Veenstra, mr. E.D.G. Kiersch, prof. Jonathan Rickford, Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief, 2003.
41. Marius Josephus Jitta, Vino Timmerman, Guus Kemperink, Richard Norbruis, Anthony Driessen, Peter van der Zanden en Huub Willems, The Companies and Business Court from a comparative law perspective, 2003.
42. Mr. B. Bier, Uitkeringen aan aandeelhouders, 2003.
43. Mr. M. Meinema, Dwingend recht voor de besloten vennootschap, 2003.
44. LT, Verzamelde 'Groninger' opstellen aangeboden aan Vino Timmerman, 2003.
45. Mr. M.J. Kroeze, Afgeleide schade en afgeleide actie, 2004.
46. Mr. P.G.F.A. Geerts, Enkele formele aspecten van het enquêterecht, 2004.
47. Mr. M.L. Lennarts en mr. J.N. Schutte-Veenstra, Versoepeling van het BV-kapitaalbeschermingsrecht, 2004.
48. Mr. K.I.J. Visser, Zeggenschapsrechten van houders van een recht van pand of vruchtgebruik op aandelen op naam, 2004.
49. Mr. J.G. Groeneveld-Louwerse, Publieke wenselijkheid of private beleidsvrijheid, 2004.
50. Mr. Hanny Schutte-Veenstra, mr. Hylda Boschma, prof. mr. Marie-Louise Lennarts, Alternative systems for capital protection 2005.
51. Prof. mr. Peter van Schilfgaarde, mr. Hanny Schutte-Veenstra, prof. mr. P.J. Dortmond, prof. mr. L. Timmerman, mr. Brian Mezas, prof. mr. Jan Berend Wezeman, mr. Ellen Kiersch, prof. mr. Jaap Winter, prof. mr. Harm-Jan de Kluiver, Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, 2005.
52. Mr. S. Parijs, Fairness opinions and liability, 2005.
53. Mr. J.B.W.M. Kemperink, Vraagstukken rond (terug)storting op nv/bv-aandelen en van coöperatierecht, 2006.
54. Mr. A. Haan-Kamminga, Supervision on takeover bids, 2006.
55. Mr. dr. H.H. Voogsgeerd, Corporate Governance Codes, Markt- of rechtsarrangement?, 2006.

56. Xiaoning Li, A comparative study of shareholders' derivative actions, 2007.
57. Prof. mr. Hans Beckman, Mr. Herman L. Kaemingk, Mr. drs. Charles Honée, Prof. mr. L. Timmerman, Prof. mr. A.F. Verdam, Prof. mr. Maarten Kroeze, Prof. mr. Jan Berend Wezeman, Mr. Barbara Bier, Prof. mr. Jaap Winter, Prof. mr. M.W. den Boogert, De nieuwe macht van de kapitaalverschaffer, 2007.
58. Mr. M.A. Verbrugh, Structuurwijzigingen bij kapitaalvennootschappen en de positie van schuldeisers, 2007.
59. Mr. drs. B.F. Assink, Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag, 2007.
60. Mr. A.G.H. Klaassen, Bevoegdheden van de algemene vergadering van aandeelhouders, 2007.
61. Mr. M.L.H. Reumers, Samengevoegde afwikkeling van faillissementen, 2007.
62. Ondernemingsrecht door en voor Mick den Boogert, 2008.
63. Mr. S.N. de Valk, Aansprakelijkheid van leidinggevend. Naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven, 2009.
64. Mr. A. van der Krans LLM, De virtuele aandeelhoudersvergadering, 2009.
65. Prof. dr. K. Cools RA, Mr. P.G.F.A. Geerts, Prof. mr. M.J. Kroeze, Mr. drs. A.C.W. Pijls, Het recht van enquête, een empirisch onderzoek, 2009.
66. Prof. dr. Thomas Blanke, dr. Edgar Rose, dr. Herman Voogsgeerd, prof. dr. Wijnand Zondag, Recasting Worker Involvement?, 2009.
67. Prof. mr. M.J. Kroeze, Dr. E.M.H. Hirsch Ballin, Dr. A.H.G. Rinnooy Kan, Prof. mr. L. Timmerman, Prof. mr. M. van Olffen, Mr. M. Holtzer, Prof. dr. M. Wyckaert, Prof. dr. K. Geens, Prof. mr. J.B. Wezeman, Prof. mr. M.L. Lennarts, Mr. P.D. Olden, Prof. mr. H.M. Vletter-van Dort, Bestuur en toezicht, 2009.
68. Mr. H. Koster, De Nederlandse juridische splitsing in Europees en rechtsvergelijkend perspectief, 2009.
69. Mr. F. Veenstra, Impassezaken en verantwoordelijkheden binnen het enquêterecht, 2010.
70. Mr. B. Snijder-Kuipers, Omzetting als rechtsvormwijziging, 2010.
71. Europees ondernemingsrecht: 50 jaar na Sanders' Europese NV, 2010.
72. Mr. P.P. de Vries, Exit rights of minority shareholders in a private limited company, 2010.
73. Mr. D.A.M.H.W. Strik, Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid, 2010.
74. Mr. J.B.S. Hijink, Publicatieverplichtingen voor beursvennootschappen, 2010.
75. Mr. J.B.S. Hijink en Mr. M.A. Verbrugh e.a., Grensoverschrijdend ondernemen na Cartesio, 2010.
76. Prof. mr. B.F. Assink e.a., Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht, 2011.
77. Mr. T.E. Lambooy, Corporate Social Responsibility, 2010.
78. Mr. H.M. Punt, Het vennootschapsrecht van Holland, 2010.
79. Mr. M.J. van Ginneken, Vijandige overnames, 2010.
80. Prof. mr. M.J. Kroeze, Prof. mr. J.B. Wezeman, Prof. mr. L. Timmerman, Prof. mr. B.F. Assink, Prof. mr. J.W. Winter, Prof. mr. L.G. Verburg, Prof. mr. H.M. Vletter-van Dort, Mr. drs. H.H. Kersten, Prof. mr. W.J.M. van Veen, Mr. P. Glazener, Prof. mr. H. Beckman, SamenWerken in het ondernemingsrecht, 2011.
81. Mr. drs. I.S. Wuisman, Een Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid: wenselijk?, 2011.
82. Qiuju Wang, Exit remedies for minority shareholders in close companies, 2011.
83. Mr. M. Mussche, Vertrouwen op informatie bij bestuurlijke taakvervulling, 2011.
84. Prof. mr. L. Timmerman, Harry Honée-bundel, 2011.
85. Mr. W.J.L. Calkoen, The One-Tier Board in the changing and converging world of corporate governance, 2012.
86. Mr. J.G.C.M. Galle, Consensus on the comply or explain principle within the EU corporate governance framework: legal and empirical research, 2012.
87. Mr. drs. T.M.C. Arons, Cross-border enforcement of listed companies' duties to inform, 2012.
88. Mr. M.C. Schouten, The Decoupling of Voting and Economic Ownership, 2012.
89. Mr. A.J.M. Klein Wassink, Toetsing van besluiten in het rechtspersonenrecht, 2012.

90. Mr. drs. N.J.M. van Zijl, The Importance of Board Independence – A Multidisciplinary Approach, 2012.
91. Mr. A.J.P. Schild, De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht, 2012.
92. Mr. G.N.H. Kemperink, Vennootschappelijk toezicht op de doelvennootschap bij openbare biedingen, 2013.
93. Mr. A.J.S.M. Tervoort, Het bestuursverbod bij de commanditaire vennootschap, 2013.
94. Mr. J.M. de Jongh, Tussen *societas* en *universitas*, De beursvennootschap en haar aandeelhouders in historisch perspectief, 2014.
95. Mr. M. Holtzer, De invloed van werknemers op de strategie van de vennootschap, 2014.